

JURIDISKA INSTITUTIONEN

Examensarbete höstterminen 2014

30 HP

Att förstå är att se – när hissen inte går hela vägen upp!

Preklusionen i högre rätt och dess förhållande till rättslig utveckling

David Jivegård

Handledare: Robert Eneljung
Examinator: Andreas Moberg



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Förord

Att genomgå den hermeneutiska process som ett examensarbete inom den samhällsvetenskapliga disciplinen innebär, är en påfrestande upplevelse. Förförståelse, kunskapsinhämtning, förståelse – raserandet av ens världsbild – förförståelse, kunskapsinhämtning, förståelse... så går det vidare i en evigt frustrerande hermeneutisk cirkel.

Jag vill därför tacka alla ni, mina vänner, nära och kära, som har haft förståelse för min frånvaro, mina ostrukturerade tankar och min – till synes oförklarliga – vilja att leda vardagliga samtal in i systemteoretiska förklaringar.

Ett särskilt tack till Erik Randén som genom stimulerande och intresseväckande diskussioner har utmanat mig med detta arbete. Ett tack också till Emelie Jivegård, som genom noggrann korrekturläsning hjälpt mig att få bort nog så många semikolon. Du har också fyllt rollen som inomrättslig rådgivare på ett för uppsatsen nödvändigt sätt. Pappa, tack även du; efter dina genomläsningar har kommentarerna burit ett mycket berikande 'mannen-på-gatan-perspektiv', din slutkommentar fick också utgöra min slutkommentar.

Slutligen ett tack till dig Alexandra. Att i närmare ett halvår behöva prata om rhizom, autopoietiska system och kognitionspsykologiska processer är måhända i början stimulerande, men inte hela tiden. Utan ditt outtröttliga engagemang – och ditt aldrig sinande tålamod – hade den här uppsatsen inte slutat som den gjorde.

Göteborg, 22 december 2014

David Jivegård

Sammanfattning

Utan en förnimmelse av det objekt som undersöks är det inte möjligt att förstå dess konstitution.

I denna uppsats undersöker och problematiserar jag civilprocessens potential att bidra till rättslig utveckling, med ett särskilt fokus på preklusionsreglerna. Med hjälp av ett systemteoretiskt perspektiv bygger jag en teoretisk modell som söker förklara vilka typer av omständigheter som typiskt sett kommer att presenteras för landets underinstanser. Utfallet från den teoretiska modellen läggs sedan till grund för förståelsen av preklusionsreglernas inverkan på rättens utvecklingspotential i de högre instanserna. Sammanfattningsvis konstaterar jag att överinstanserna, till följd av preklusionens utformning, i huvudsak kommer att ställas inför samma typer av konflikter som underrätterna. Underrätterna i sin tur kommer att presenteras för konflikter som i huvudsak inte är ägnade att leda till rättslig utveckling.

Mot bakgrund av i huvudsak Gunther Teubner och Niklas Luhmanns teorier om rätten som ett autopoietiskt system, samt Kaarlo Tuoris teori om rättens nivåer, skisseras en bild av rättens avgränsning mot omgivningen; ur denna bild ser jag rätten som bestående av en rättslig diskurs – som går att påverka. Bilden fördjupas ytterligare genom kognitionspsykologiska teorier som målar upp rättsligt beslutsfattande som bestående i tre på varandra följande processer: en kognitiv, en normativ och en rättslig process.

På ett något mer konkret plan undersöker jag de olika instansernas rättsliga praktik och kan med utfallet från undersökningen slutligen beskriva hur parternas processrättsliga diskurs kan ta sig uttryck. Rättsstatsvärden – som bland annat mynnar ut i principerna om förutsebarhet och likabehandling – tillsammans med juridisk skolning och interna förväntningar bland domare, påverkar den rättsliga praktiken så att omständigheter ur en konflikt som är förenliga med redan befintlig positiv rätt föredras. Tingsrättsdomarens rättsliga praktik påverkar de rättsliga ombudens målrationalitet så att det blir rationellt att omforma konflikter så att de i högre grad är förenliga med redan befintlig positiv rätt. På detta sätt reproducerar tingsrättsdomarens praktik och ombudens rättsliga diskurs varandra. Med konservativa processregler riskerar denna reproduktion att göra rätten

mer sluten; med välavvägda reflexiva processregler däremot kan civilprocessen bilda en interkommunicerande brygga mellan rätten och omgivningen.

Uppsatsen avslutas med en fri reflektion där jag öppnar upp för en vidare analys av preklusionsreglerna. I reflektionen föreslår jag att ett tredje undantag ska tillföras preklusionsregeln i RB 50 kap 25 § tredje stycket som medger att nya rättsutvecklande omständigheter ska godtas i hovrätt. På så sätt åstadkoms, enligt mig, en reflexivitet i processen som i större utsträckning än innan medger att de instanser som är benägna att ta reell hänsyn i sitt dömande får se reella konflikter; de som är beredda att förstå ges möjlighet att se.

Innehållsförteckning

SAMMANFATTNING	3
1 INLEDNING	8
1.1 TEORETISK INGÅNG	8
1.2 PRAKTISK INGÅNG OCH PROBLEMBESKRIVNING	11
1.3 LITTERÄR INGÅNG	16
1.4 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING	18
1.5 DISPOSITION	18
1.6 METOD	20
1.6.1 VAD ÄR VETBART?	20
1.6.2 TILLÄMPAD NORMATIV ANALYS	21
1.6.3 RÄTTSDOGMATISK METOD	22
1.6.4 RÄTTSSOCIOLOGISK METOD	22
1.6.5 METODOLOGISKA UTGÅNGSPUNKTER	23
1.7 AVGRÄNSNING	28
2 UTVECKLAD PROBLEMBESKRIVNING MOT EN TEORETISK MODELL	29
2.1 PROCESSENS GRUNDLÄGGANDE BESTÅNDSDELAR	29
2.2 EXEMPEL – <i>DEN TYSKA BÅTEN</i> ELLER <i>EN BÅT MED MÅNGA FEL</i>	31
3 TEORETISK MODELL – ATT FÖRSTÅ	35
3.1 NYTTA MED EN SYSTEMTEORETISK MODELL	36
3.2 NÅGRA ETABLERADE TEORIER PÅ OMRÅDET	36
3.3 RÄTTSUTVECKLING – ETT ANALYSSCHEMA	42
3.3.1 FÖRENKLAD HELHETSBILD	42
3.3.2 <i>BESLUT MED KAPACITET ATT LEDA TILL RÄTTSLIG UTVECKLING</i> – FYRA TYPER	46
3.3.3 <i>VAR RÄTTSLIG UTVECKLING HAR POTENTIAL ATT SKE</i> – TRANSFORMATIONEN FRÅN GÄLLANDE RÄTT AD HOC TILL POSITIV RÄTT	48
3.3.3.1 Rättslig rationalitet	49
3.3.3.2 Instansernas funktioner	51
3.4 SUBSUMTIONSSPELET – <i>HINDER MOT ATT RÄTTSLIGA BESLUT MED KAPACITET TILL RÄTTSLIG UTVECKLING FATTAS</i>	54
3.4.1 DET RÄTTSLIGA BESLUTET (GÄLLANDE RÄTT AD HOC)	54
3.4.1.1 Tre typer av rationalitet vid rättsligt beslutsfattande	55
3.4.1.1.1 Kognitiv systemrationalitet (context of discovery)	56

3.4.1.1.2	Normativ systemrationalitet (context of justification)	58
3.4.1.1.3	Rättslig systemrationalitet	59
3.4.1.2	Kommentarer kring det rättsliga beslutet	61
3.4.1.3	Den kognitionspsykologiska forskningens implikationer för subsumtionsspelet	62
3.4.2	SUBSUMTIONSSPEL GENOM INSTANSERNA	65
3.4.2.1	Parterna	66
3.4.2.2	Parterna och dispositionsprincipen	67
3.4.2.3	Parterna och den produktiva makten	68
3.5	TILL EN TEORETISK MODELL – RÄTTSLIG UTVECKLING GENOM CIVILPROCESSEN	70
4	<u>NYA OMSTÄNDIGHETER – ATT SE</u>	74
4.1	ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER I FRÅGOR OM PREKLUSION	74
4.1.1	PREKLUSIONEN OCH PRINCIPERNA	74
4.2	PREKLUSIONENS YTTRE OCH INRE AVGRÄNSNING	76
4.3	PÅ SPANING EFTER ETT VÄRDE OM RÄTTSLIG UTVECKLING...	78
4.3.1	... I PREKLUSIONEN I HÖGRE RÄTT	78
4.3.1.1	Giltig ursäkt	79
4.3.2	... I RB I DESS HELHET	81
4.3.3	... SLUTLIGEN: ÖNSKELISTAN – ETT PRAGMATISKT INITIATIV!	83
5	<u>ANALYS</u>	84
5.1	PROCESSEN I TINGSRÄTT. FÖRUTSEBARHET, KOGNITIONSPSYKOLOGI OCH KONSTRUERANDE AV RÄTTSLIG VERKLIGHET	84
5.2	INSTANSERNAS FUNKTIONER OCH DESS KONSEKVENSER – EN APODYNAMISK BALK	86
5.3	RÄTTSLIG PRAKTIK, PARTERNAS DISKURS, PRESENTERADE OMSTÄNDIGHETER OCH PREKLUSIONEN I HÖGRE RÄTT	89
6	<u>IAKTTAGELSER OCH TEORETISK UTGÅNG</u>	95
6.1	SLUTSATS ELLER IAKTTAGELSE (EN SPEGLING AV MITT EGNA TÄNKANDE?)	95
6.2	TEORETISK UTGÅNG	96
6.2.1	SYSTEM, SUBSYSTEM OCH KVASISYSTEM...	97
6.2.2	SYNTES: GALLRING: TILLÄGG	98
6.2.3	... EXIT: RHIZOM!	101
7	<u>AVSLUTANDE REFLEKTION – MOT EN NYANSERAD TANKE OM CIVILPROCESSENS FUNKTIONER</u>	103

KÄLLOR	107
--------	-----

BILAGA	114
---------------	------------

1 Inledning

1.1 Teoretisk ingång

”What is the argument on the other side? Only this, that no case has been found in which it has been done before. That argument does not appeal to me in the least. If we never do anything which has not been done before, we shall never get anywhere. The law will stand still while the rest of the world goes on, and that will be bad for both.”

(Lord Denning i *Parker v. Parker* [1954] All E.R p. 22)

Vad menade Lord Denning när han uttalade orden ovan? Var det ett försök att argumentera och övertyga parterna om varför hans domslut var riktigt, trots att det gick emot tidigare praxis? Eller var det ett sätt för Lord Denning att uttrycka hur han såg på den positiva rätten? Jag som skriver denna uppsats tror att Lord Dennings avsikt var att göra bägge saker samtidigt; han tog möjligheten att presentera sin syn på rättssystemet samtidigt som han lade fram sina argument i en dom.

Men vad är det då Lord Denning vill ha sagt? Jo, jag uppfattar att han syftar på rättssystemets slutenhet, och att det finns en fara i att rätten blir för sluten. Om gällande rätt utgörs av sådant som tidigare dömts och om domstolens roll är att finna den gällande rätten, så kommer rätten att stå still samtidigt som samhället fortsätter att utvecklas. Enligt biologins entropilag¹ medför ett slutet biologiskt system att energin som omvandlas inom systemet inte har någonstans att ta vägen. Det leder till att energin går från högre energiformer till lägre energiformer och att systemet slutligen möter ’värmedöden’.² Ett slutet system inom juridiken skulle med den logiken, särskilt med hänsyn till citatet ovan, kunna sägas gå från lägre kunskapsformer till högre kunskapsformer och slutligen mot ’kölledöden’, då den kunskap som uppnåtts inte längre är relevant för systemets funktion.

¹ Termodynamikens andra huvudsats säger att naturens riktning är att öka oordningen. Oordning beskrivs i detta sammanhang den mest sannolika energifördelningen. Oordning blir då den mest utspridda energifördelningen, vilket följer av termodynamikens nollte huvudsats. Värme sprider alltid ut sig för att fördela värmen, den flödar från en varmare kropp till en kallare. Termodynamikens andra huvudsats tillsammans med den nollte postulerar därför att alla energiformer går mot värmeenergi.

² Jfr Jönhill, 1997 s. 79.

Rättskonstruktioner har inte någon självständig existens. De har skapats för att vissa företeelser i samhället ska fungera på ett visst sätt. Om företeelser i samhället förändras behöver rätten anpassa sig; tekniska förändringar, kommersiella intressen, finansiella omvandlingar, internationalisering, etc. i samhället kräver en kontinuerlig omvandlingsprocess för att ändamålen bakom lagen ska få genomslag i samhället.³ Rätten behöver därför, enligt min mening, tillämpas mot bakgrund av ett realitetssträvande. Juristprofessionen bör sträva efter att medvetandegöra ”hur rättskonstruktioner har olika kommunikativa ursprung, hur de emanerar ur olika värdediskussioner och intresseframställningar, hur vissa värden och intressen avspärras [och] hur rättsföreställningar omvandlas och förvanskas över tid”;⁴ givetvis med beaktande av ett demokratiskt perspektiv där juristprofessionen förhåller sig lojal mot rättskonstruktioner skapade av lagstiftaren, samt mot de värden som ligger bakom specifika rättskonstruktioner. Tuori beskriver lagstiftning som värde- och målrationell, såtillvida att lagstiftaren genom lagstiftning vill uppnå politiska mål. Han beskriver samtidigt rättstillämpning och rättsvetenskaplig doktrin som grundad i intern rationalitet, bestående i att den rättsliga normmassan ska tolkas så att den är enhetlig och koherent. Han konkluderar olikheten i rationalitet med att rättstillämparens och rättsvetenskapspersonens ”[...] efforts in this direction constitute a constant source of disappointment for politicians and bureaucrats, who often enough see their political goals sacrificed on the altar of the internal rationality of the law”.⁵ Jag utläser ur detta att det även finns en demokratisk aspekt i synen på hur det rättsliga innehållet ska uttolkas.

Rättens, och då särskilt civilrättens, utveckling kan inte – med en sådan utgångspunkt som beskrivits ovan – identifieras endast som en strikt analys av rättsreglers, rättsprincipers och rättsliga värdens innehåll.⁶ Rättens utveckling måste även, om rätten ska hålla sig ’up-to-date’ med samhället, identifieras som en analys i ljuset av dess relation till de samhällskrafter och den samhälleliga mångfald som det rättsliga systemet ska tillämpas på.⁷ Att domstolarna värderar det rättsliga innehållet med utgångspunkt i hur samhället av

³ Jfr Glavå & Petrusson, 2002.

⁴ Glavå & Petrusson, 2002.

⁵ Tuori, 2002 s. 138.

⁶ ”Land skall med lag byggas och landets uppbyggnad kan ofta bara förstås *genom* lagen” (Schultz, SvJT 2014 s. 105) skriver Mårten Schultz för att belysa problemet som kan uppstå om juridiken saknar kontakt med det omgivande samhälle.

⁷ Teubner, 1983 s. 247. Jfr även Glavå & Petrusson 2002.

idag ser ut väljer jag att benämna som att rätten vid sin rättstillämpning, tar *reell hänsyn*.⁸ Att Högsta domstolen tar reell hänsyn i sina rättsfall anser jag idag vara tämligen okontroversiellt.⁹ NJA 2014 s. 332 (Torneälvsfiskarmålet) kan användas som belysande exempel på det.¹⁰ Där fann Högsta domstolen, genom att 'skapa' en allmän rättsgrundsats, att rätt till ersättning för rådighetsinskränkningar i vissa fall kunde föreligga. Då de fiskare som var parter i målet i princip avskurits från sin möjlighet att bedriva fiskerinäring, eftersom inskränkningen rörde fiske i Torne älv, fann Högsta domstolen att ersättning från staten skulle utgå. Domstolen tar i målet hänsyn till faktiska omständigheter som får ligga till grund för hur de konstruerar den rättsliga lösningen. Målet är bara en i raden av mål där Högsta domstolen agerat rättsskapande¹¹ genom att ta reell hänsyn i sitt dömande.¹² En del anser att lagstiftaren har abdikerat från sin tron när det kommer till att lagstifta på civilrättens område.¹³ Andra menar att samhällets och rättens komplexitet gjort att riksdagen inte längre kan vara den enda normskapande instansen i samhället.¹⁴ Hur det än är

⁸ Begreppet kan något mer utvecklat förstås som en beståndsdel i den senare av två alternativa förhållningssätt till ett rättsligt problem. Det första förhållningssättet kan beskrivas som att, när rätten har att ta ställning till ett rättsligt problem, det görs en inomrättslig analys av vad som kan utgöra en lösning på problemet. Analysen tar då utgångspunkt i rättskällorna och rätt svar ges genom att en lösning som är koherent i förhållande till det övriga rättskällematerialet hittas. Det andra förhållningssättet – som inbegriper reell hänsyn – kan beskrivas som att rätten, när den ställs inför ett rättsligt problem, förvisso söker en lösning med ledning i rättskällorna, men samtidigt analyserar vad lösningen kan få för konsekvenser för det som lösningen ska tillämpas på, samt vad det kan få för konsekvenser för samhället i stort. Vidare kan även ett rättsligt svar ibland sökas direkt med utgångspunkt i en sådan konsekvensanalys. Jag väljer att beteckna denna konsekvensanalys som *reell hänsyn* när den ger vid handen att en lösning väljs som är mindre koherent i förhållande till rättskällematerialet än den som skulle valts enligt det första alternativet ovan; givet att detta sker genom att domstolen gör en konsekvensanalys där det undersöks vad resultatet skulle innebära för den konflikt det ska tillämpas på samt vad det skulle innebära för samhället i stort.

⁹ Se exempelvis Eka, SvJT 2009 s. 382.

¹⁰ För mer utförlig analys kring målet se Bengtsson, SvJT 2014 s. 431 samt eventuellt den alternativa analysen i Jivegård, 2014.

¹¹ Läs som någonstans på skalan rättsutvecklande, rättsbildande, rättsskapande.

¹² Angående att Högsta domstolen agerar rättsskapande, se exempelvis Wiklund, SvJT 2014 s. 335 och Wersäll, SvJT 2014 s. 1.

¹³ ”Vissa röster i debatten försöker göra det enkelt för sig och resonerar ungefär så här. Samma parlament som lämnade ifrån sig en del av sin bestämmanderätt när man ratificerade fördraget kan inte nu skrika högt om att domarna som dömt inte är valda i demokratisk ordning. Som man bäddar får man ligga, eller hur? ett intellektuellt ohederligt argument, kan man tycka, eftersom saken inte är så enkel. [...] Makt-delningsperspektivet är viktigt, det går inte att komma ifrån. Om Högsta domstolen tar över rollen som lagstiftare och blir drivande i förändringsprocessen i stället för riksdagen så blir det ju en spelare mindre på plan. Balansen rubbas. Detta inträffar oavsett om det skulle vara riksdagens ”fel”, därför att den i realiteten abdikerat och lämnat ett vakuum som Högsta domstolen anser sig böra fylla eller om det skulle bero på en alltmer aktivistisk domstol.” (Fura, SvJT 2014 s. 101).

¹⁴ Se bland annat Lindblom, SvJT 2004 s. 229.

med den saken kan konstateras att rätten för att kunna vara progressiv och dynamisk till samhället måste kunna hålla något så när jämna steg med detsamma.

Lord Denning avser förvisso, i citatet ovan, att förklara effekterna av vad en sådan inställning som han beskriver, skulle kunna innebära i ett common law-system, men citatet belyser ändå på ett bra sätt vad som är forskningsfrågan i, och även vad som är avsikterna med, detta examensarbete: *jag vill undersöka om ett alltför slutet rättssystem kan leda till att rättssystemet halkar efter det samhälle som fortsätter att utvecklas.*

1.2 Praktisk ingång och problembeskrivning

En viktig del av rättens tillämpning sker vid processer i domstol. Processen fungerar som en yttersta utpost för medborgarna att lösa sina konflikter (konfliktlösande funktion).¹⁵ Den fungerar också som garant för de materiella reglernas genomslag (handlingsdirigerande funktion).¹⁶ På senare tid har även en rättsskapande¹⁷ – eller i vart fall enhetliggörande¹⁸, normkodifierande¹⁹ – funktion utvecklats.²⁰ Denna funktion kan ses som en del i en större uppgift som domstolarna har; att hålla samman rättssystemet genom att hålla det adekvat mot samhällsförändringar²¹ – det sker genom att domstolarna nyanserar samt plockar bort och lägger till saker i rättens innehåll.²² Funktionen kan egentligen sägas be-

¹⁵ Lindell, 2012 s. 27.

¹⁶ Ekelöf & Edelstam, 2008 s. 20

¹⁷ Att domstolarna är rättsskapande torde idag vara ett tämligen okontroversiellt uttalande. Strömholm uttryckte redan 1995 att "[b]eredvilligheten hos domstolarna att 'hänga med', att vara utpräglat 'fria', 'rättsskapande', 'dynamiska' och 'kreativa' kan många gånger vara en nödvändighet, föranledd av t ex den parlamentariska apparatens eller regeringsmaktens oförmåga att producera erforderliga nya lösningar." (Strömholm, 1991 s. 442). Se även Wiklund, SvJT 2014 s. 335 och Wersäll, SvJT 2014 s. 1.

¹⁸ Se Lindblom, 2000b s. 66.

¹⁹ Detta uttryck vill jag mena motsvarar vad Lindblom uttryckt så väl. "[M]an kan också hävda att domstolsprocessen nästan alltid innehåller ett positivt kreativt moment (i glappet mellan lag och tillämpning) och att just processen har potential att vara den mest demokratiska beslutsmodellen av alla." (Lindblom, 2000b s. 71 med hänvisningar).

²⁰ Lindblom, 2000b s. 71.

²¹ Som tycks ske i allt snabbare takt. Kaarlo Tuori har uttryckt detta på ett klarsynt sätt angående att rätten utvecklats en del sedan 1980-talets pluralismdebatt var som starkast. "Därefter har mycket hänt: muren har fallit, internationaliseringen – eller, för att använda ett modeord, globaliseringen – har gått framåt i snabbare och snabbare takt och kommunikations- och informationsteknologin har revolutionerats. Allt detta har på ett väsentligt sätt påverkat rättens och den rättsliga teoribildningens samhälleliga och kulturella omgivning" (Tuori, 2003). Se även exempelvis Mattsson, SvJT 2014 s. 587.

²² Lindblom, 2000b s. 66; se även Mattssons uppfattning: "[s]om jag ser det bör en väsentlig del i uppgiften vara att begränsa uppsplittringen av rättsordningen, att motverka att domarmakten uppfattas som grundad på skiftande regler från olika håll som beror på domarens fria egna val. Det gäller att försöka

stå i två funktioner, *normprövande* och *rättsskapande*. Den normprövande funktionen, för allmänna domstolars vidkommande, handlar i huvudsak om att pröva att regler är förenliga med överordnade och sidoordnade regler.²³ Denna funktion – inte minst genom uppenbarhetsrekvisitets uttåg ur RF och därmed bl. a. EKMR:s abstrakt formulerade rättigheters faktiska intåg i den på 'day-to-day' basis utförda civilprocessen samt EU-rättens ökade betydelse för den nationella rätten – har i hög grad utvecklats under senare år.²⁴ Den *rättsskapande* funktionen består i grunden av ett konstaterande att lagstiftaren inte, genom lagstiftning, kan täcka in allt sådant som avses med en viss reglering. På civilrättens område rör det sig även om ett konstaterande av att det är önskvärt att marknaden står för innovation av densamma, vägen in till en rättslig reglering blir då ofta genom civilprocessen.²⁵ I denna roll fyller Högsta domstolen en viktig funktion genom att upprätthålla rättens enhetlighet och därmed dess förutsebara och likabehandlande uttryck. De två funktionerna är till stor del samverkande och kan, enligt min mening,²⁶ i detta sammanhang ges en samlad funktion som *rättsvårdande* (den rättsvårdande funktionen). Funktionen – som i egentlig mening inte kan sägas positionera sig inom de två traditionella funktionerna (konfliktlösande och handlingsdirigerande) – kan i förenklad mening sägas utgöras av en placering av domstolens verksamhet någonstans i spektrat rättsfastställande, rättsförtydligande, rättsutfyllande, rättsutvecklande, rättsbildande och rättsskapande.²⁷ Denna uppgift har sannolikt tagit extra fart genom bland annat EU-rättens och EKMR:s ökade inflytande – då den gjort normmassan, och dess ursprungskällor,

hålla samman rättsordningen, bevara den som en enhetlig och stabil – en integrerad – ordning, men de begränsningar som därmed också följer i domarmakten.[...] Enligt min mening vinner legitimiteten på att domstolarna själva tar tag i unionsrätten och Europakonventionen och – i samförstånd med EU-domstolen och Europadomstolen – tillämpar reglerna utifrån den svenska rättsordningens förutsättningar” Mattsson, SvJT 2014 s. 587.

²³ Lindblom för en argumentation om rättens funktioner och anför angående den normprövande och den rättsskapande funktionen att ”[b]åda är i viss mening inte politiska. Det gäller då processens kontrollfunktion samt domstolarnas rättsskapande verksamhet. Ingen av dem kan utan vidare sorteras in under den övergripande genomslagsfunktionen som nämndes ovan. Det handlar nämligen inte om genomslag för ändamålen bakom den i målet materiella rätten utan om genomslag för normer av högre (eller sidoordnad) värde och om skapande av ny rätt.” (Lindblom, SvJT 2004 s. 229).

²⁴ Se exempelvis Fura, SvJT 2014 s. 101 och Mattsson, SvJT 2014 s. 587.

²⁵ Notera här att viktiga rättsliga subjekt såsom aktiebolag och försäkringsbolag fått sin rättsliga utformning via praxis. På samma sätt förhåller det sig med viktiga rättsligt reglerade förfaringsätt såsom exempelvis traditionsprincipen.

²⁶ Jfr även Lindblom, SvJT 2004 s. 229 som tycks ge uttryck för en liknande uppfattning.

²⁷ Lindblom, 2000b s. 69.

mer komplex.²⁸ Även det ökade användandet av ramlagar och generalklausuler spelar sannolikt in i denna utveckling.²⁹

Rättsregler som föreskriver hur processen vid domstol ska gå till återfinns företrädesvis i rättegångsbalken. RB som dess nuvarande form härrör från 1948, den har dock under årens lopp varit föremål för många ändringar. Utmärkande för rättegångsbalken är principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration.³⁰ Principerna innebär att ett mål ska avgöras efter ”en muntlig, koncentrerad huvudförhandling, där bevisningen läggs fram och parternas argumentering äger rum omedelbart inför domstol”.³¹ *Muntligheten* innebär att processmaterialet ska läggas fram muntligt, på detta ska sedan målets avgörande vara *omedelbart* grundat. För att det ska vara möjligt krävs att förhandlingen hålls så sammanhållen som möjligt – därav principen om *koncentration*. Koncentrationsprincipen syftar därför inte till att förhandlingen ska vara snabb, utan till att den tillsammans med de andra två principerna ska ”bana väg för principen om fri bevisföring, vars syfte är att i så stor utsträckning som möjligt ge materiellt riktiga domar”.³² Trots att den materiella riktigheten³³ i RB:s begynnelse inte i alla lägen var så tydlig (hur motiverades annars t. ex. dispositionsprincipen, den ackusatoriska processformen och åklagarens högt ställda beviskrav?) fanns ändå strävandet där som ett värde, vilket gav balken en tydlig fixpunkt.³⁴ Under årens lopp har principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration till viss del fått lämna utrymme för bland annat krav på processekonomi, praktiska hänsyn och hushållning med rättsväsendets resurser.³⁵ Vidare har rättssäkerhetsvärden ställt krav på hur bland annat instansordningen ska vara utformad. Gemensamt för dessa ändringar är att de gjort att RB tagit steg bort från målet om materiell riktighet, vilket banat väg för en strävan mot något annat.

²⁸ Jfr Ramberg, 2014; se även Wilhelmsson, 2001 s. 196 f.

²⁹ Lindblom, 2000 s. 68 ff.

³⁰ Se SOU 1938:44.

³¹ Prop. 1988/89:95 s. 30.

³² Lindell, 1993 s. 36; härom se även prop. 1988/89:95 s. 30.

³³ Alltså en strävan efter det riktiga; sanningen om en så vill.

³⁴ Se exempelvis Ekelöfs uppfattning att ”[...]rättsskipningen är till för att ge de materiella reglerna genomslag ute i samhället” (Ekelöf & Edelstam, 2008 s. 20), vilket ger uttryck för uppfattningen om att det finns en sanning som ska utrönas för att den av riksdagen bestämda rätten ska få genomslag i samhället. Denna ”social control” anses vara uttryck för en behavioristisk anda vilken idag, av många, uppfattas som avlägsen se bl. a. Lindell, 2012 s. 23 ff.

³⁵ Prop. 1988/89:95 s. 30.

Idag är det svårt att säga att RB skulle sträva mot något speciellt värde på ett sådant sätt som materiell riktighet utgjorde *ett* värde 1948. Istället talas det ofta om en mängd principer som tillämpas i olika delar och stadier av processen. Principer om fri bevisprövning, fri bevisvärdering, kontradiktion, dispositionsprincipen, en aktiv materiell processledning, offentlighet, rättssäkerhet, effektivitet, processekonomi, snabbhet, etc.³⁶ Sällan diskuteras vilket värde principerna upprätthåller, däremot diskuteras vilket värde de olika principerna var för sig är ägnade att uppfylla. Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration, liksom den aktiva processledningen och den fria bevisprövningen/värderingen strävar mot värdet om materiell riktighet. Dispositionsprincipen och rättssäkerhetskrav såväl som snabbhet och processekonomi strävar däremot mot andra värden – bland annat värden om flexibilitet för parterna och ekonomiska processer. Dessa kan snarast leda in i ett samlat värde som leder mot formell riktighet.

Till följd av den gamla strävan efter materiell riktighet blev processkostnaderna allt större. I syfte att motverka detta genomfördes ett flertal reformer. Bland annat genomfördes lagstiftningsförändringar för att betona instansordningens funktion. Det ledde till ett förtydligande av att tyngdpunkten i processen skulle vara i första instans och att hovrätternas funktion skulle vara att överpröva tingsrätternas domar på grundval av samma material som förebragts i tingsrätten.³⁷ Detta har successivt vuxit fram genom att bland annat preklusionsreglerna i överrätterna har skärpts.³⁸ Preklusionsreglerna innebär en skyldighet, och ibland möjlighet, för domstolarna att neka att nya omständigheter åberopas efter vissa steg i processen. Genom årens lopp har därigenom de andra värden som leder in i formell riktighet getts ökad betydelse. Möjligheten för parterna att själva disponera över processen har ökat i värde, även olika rättssäkerhetsvärden har ökat, liksom värdet av en snabb och billig process. Detta har bland annat inneburit att parternas möjlighet att lyfta in nya omständigheter och bevis i processen när den väl har börjat har försvårats, likaså möjligheten att ta in nya omständigheter och bevis i överrätterna.

³⁶ Lindblom, 2000a s. 173.

³⁷ Se bl.a. prop. 1988/89:95 s. 41-45. Argument för en sådan fördelning har också varit att det bidrar till rättssäkerheten för parterna då det säkerställer att de får 'sin sak' prövad i åtminstone två instanser.

³⁸ Se prop. 1971:45 och 1988/89:95.

Den 1 november 2008 trädde reformen *En modernare rättegång* (EMR) i kraft.³⁹ Reformen omfattar bortemot ett hundratal paragrafer i rättegångsbalken samt vissa paragrafer i lag (1996:242) om domstolsärenden; den har av somliga kallats för tredje generationens rättegångsbalk.⁴⁰ Reformen syftar till att uppfylla kraven på en *rättssäker, ändamålsenlig och effektiv* handläggning av mål och ärenden.⁴¹ Den syftar även till att göra hovrättsprocessen mer ändamålsenlig, vilket ska ske genom ytterligare förtydligande av att tyngdpunkten för rättsskipningen ligger i första instans. Med denna reform kan sägas att ytterligare steg mot värdet om formell riktighet har tagits.

Även om RB kan sägas bestå av en mängd principer härleds dessa nästan alltid tillbaka till något av de två värdena materiell och formell riktighet. Vid RB:s tillkomst stod den materiella riktigheten högt i kurs men allteftersom RB utvecklats kan den formella riktigheten sägas ha fått ett större inflytande. För värdet om materiell riktighet placerar jag bland annat Ekelöf med hans uppfattning om att processens funktion är att ge de materiella reglerna genomslag ute i samhället (handlingsdirigering). För värdet om formell riktighet⁴² och därur flexibilitet för parterna, placerar jag Lindell med hans uppfattning om att processens funktion är att vara konfliktlösande (konfliktlösning). Till den tredje funktionen – den rättsvårdande funktionen – placerar jag Lindblom med sin uppfattning om att processens funktion bland annat är att vara "[...] dynamisk och progressiv [...] med anknytning till samhällsutvecklingen" (rättsvårdande).⁴³ Till den tredje funktionen står inget värde direkt uttryckt i motiven till RB. Jag ska i denna uppsats inte argumentera för att något av de två värdena ska ges mer eller mindre vikt, istället vill jag, bland annat, un-

³⁹ Prop 2004/05:131 och bet. 2004/05:JuU29.

⁴⁰ Fitger, SvJT 2008 s. 453.

⁴¹ Prop. 2004/05:131 s. 1.

⁴² Däri inbegripet de pragmatiska lösningar – som skapats ur ökade krav på rättssäkerhet, processekonomi, flexibilitet, samhällets begränsade resurser o.s.v. – som gör processen ägnad att sträva mot formell riktighet.

⁴³ Lindblom är inne på att funktionen ska utgöras av en kombination av de två värdena. "Det är i fråga om i tids- och lägesplan och i inriktningen i förhållande till parterna som de båda delfunktionerna [alltså Ekelöfs och Lindells ståndpunkter. D.J.] skiljer sig åt. Konfliktlösningen är tillbakablickande; vid den fokuserar man på karendens situation före rättskränkningen och försöker med ett mot skadan exakt avpassat remedium återställa henne till detta förlorade jungfrueliga tillstånd. Det är fråga om ett horisontellt, retrospektivt, genomslag för ändamålen bakom den materiella rätten *på det enskilda planet* ("internt"). Handlingsdirigeringen däremot är *framåtblickande*; den inriktar sig på *svarandens*, och framför allt hans likars, framtida beteende och försöker så anpassa sanktionen att visst beteende undviks och annat främjas. Det är konflikten mellan vissa enskilda samhällsmedborgare – de presumtiva avvikarna – och alla oss andra ("det allmänna", "samhället", "staten") som är huvudsaken; det är fråga om ett vertikalt, prospektivt, genomslag för den materiella rätten (också) *på det allmänna planet* ("externt")." (Lindblom, 2000b s. 55 f).

dersöka om det finns ytterligare ett värde, alternativt om ett sådant vore önskvärt, jämte de två uttryckta som korrelerar mot processens tredje funktion. Värdet skulle symbolisera ett samhälleligt behov av rättslig förståelse, vilket jag – i brist på ett bättre beskrivande ord – väljer att kalla *rättsutveckling*⁴⁴.

En uppfattning är att tingsrätternas användande av praxis under senare tid har ökat. Som indikation på detta kan anföras tingsrätternas utbredda användande av databaser som presenterar alla landets avgöranden.⁴⁵ Jag uppfattar att rättsutveckling är något positivt och grundläggande som ger rätten relevans i samhället genom att den hänger med i dess utveckling. Om praxis har blivit en viktig del av rättsutvecklingen är det därför relevant att undersöka hur möjligheterna ser ut för rätten att utvecklas denna väg. Av den anledningen vill jag undersöka hur rätten kan utvecklas via praxis, och om civilprocessen skulle vara betjänt av ett värde i form av rättslig utveckling. Av skäl som kommer framgå av teoriavsnittet har jag valt att undersöka hur preklusionsreglerna i högre rätt förhåller sig till ett värde om rättslig utveckling.

1.3 Litterär ingång

När jag påbörjade arbetet med denna uppsats blev jag presenterad för Kafkas text *Framför lagen*. Det var genom den som jag lyckades fånga vad som kändes som en presumtiv problematik med civilprocessen; att den skulle kunna utestänga saker från rättssystemet. Genom mitt arbete med uppsatsen har jag flera gånger återvänt till denna korta text för att hitta tillbaka till uppsatsens syfte. Därför vill jag ge läsaren samma möjlighet.

Framför lagen står en dörrvaktare. Till denne dörrvaktare kommer en man från landet och ber om inträde i lagen. Men dörrvaktaren säger att han just nu inte kan bevilja ho-

⁴⁴ I avsaknad av annan beteckning använder jag begreppet utveckling. Utveckling kan dock ge en missvisande bild av att det skulle finnas ett särskilt syfte med rätten som den ska utvecklas till; då det i begreppet utveckling ligger evolutionära konnotationer (survival of the fittest). Huruvida samhället utvecklas evolutionärt råder det delade meningar. Då samhället är en social konstruktion kan det sägas påverkas av mer än bara evolutionära drivkrafter. Hur det än är med den saken konstaterar jag att med rättslig utvecklas avses *inte* i egentlig mening att den utvecklas mot någonting i egenskap av att det skulle finnas en därtill kopplad drivkraft. Istället menar jag att rätten 'utvecklas' såtillvida att den förhåller sig till (och förstår) samhället. Resonemanget riskerar dock att glida in i ett cirkelresonemang då det kan anföras att en drivkraft för rätten är just att förhålla sig till samhället. Jag vill i så fall invända att denna drivkraft befinner sig utom rätten och tillhör samhället som helhet. Återigen hur det än är med den saken, vill jag ändå avhålla mig från att ge begreppet 'utveckling' en evolutionär konnotation.

⁴⁵ T.ex. JP-infonet, eller Infotorgs motsvarighet, som många av landets domstolar prenumererar på.

nom inträde. Mannen funderar och frågar så om han kanske senare skulle kunna få komma in. ”Det är möjligt”, säger dörrvakten, ”men inte nu.” Eftersom lagens port står öppen som alltid och dörrvaktaren stiger åt sidan, hukar sig mannen ned för att genom porten se in i det inre. När dörrvaktaren märker det, skrattar han och säger: ”Om det lockar dig så mycket, så gör ett försök att gå in trots mitt förbud. Men märk väl: jag är mäktig. Och jag är bara den lägste dörrvaktaren. Från sal till sal står dörrvaktare, den ena mäktigare än den andra. Blotta åsynen av den tredje kan inte ens jag längre uthärda.” Sådana svårigheter har mannen från landet inte väntat sig; lagen bör dock ständigt vara tillgänglig för var och en, tänker han, men när han nu närmar betraktar dörrvaktaren i sin pälskappa – hans stora, spetsiga, näsa, det långa, glesa, svarta tatariska skägget – besluter han sig att dock hellre vänta, tills han erhåller tillstånd att träda in. Dörrvakten ger honom en pall och låter honom slå sig ned vid sidan om dörren. Där sitter han dagar och år.

[...]

Under de många årens lopp iakttar mannen dörrvaktaren nästan oavbrutet. Han glömmer de andra dörrvaktarna, och denna förste förefaller honom vara det enda hindret för inträde i lagen. Han förbannar den olyckliga slumpen, de första åren hänsynslöst och högljutt, senare, när han blir gammal, mumlar han bara för sig själv. Han blir som barn och då han under sitt årslånga studium av dörrvaktaren även lärt sig känna igen lopporna i hans pälskrage, ber han också lopporna om hjälp att beveka dörrvakten. Till sist försvagas hans syn och han vet inte om det verkligen håller på att mörkna omkring honom eller om det endast är ögonen som bedra honom. Men väl urskiljer han nu i mörkret en glans som outsläcktlig frambräuter ur lagens dörr. Nu lever han inte länge till. Före döden samlar sig i hans huvud erfarenheter från hela den gångna tid en fråga, som han aldrig hittills har ställt till dörrvaktaren. Han vinkar honom till sig, då han inte längre kan hålla sin stelnade kropp upprätt. Dörrvakten måste böja sig djupt ned över honom, ty skillnaden i storlek mellan dem har starkt förändrat sig till mannens nackdel. ”Vad är det du vill veta nu igen”, frågade dörrvakten, ”du är omättlig?” – ”Alla sträva ju dock mot lagen”, säger mannen, ”hur kommer det sig då att under alla dessa år ingen utom jag har begärt inträde?” Dörrvaktaren märker att mannen redan nalkas slutet och för att nå hans avtagande hörsel ryter han till honom: ”Här kunde ingen annan vinna inträde, ty denna ingång var bestämd endast för dig. Jag går nu och stänger den.”

(Framför lagen av Franz Kafka, översättning Margit Abenius)

1.4 Syfte och frågeställning

Den här uppsatsen kan sägas sträva mot att uppfylla två delsyften. Dels att undersöka och problematisera civilprocessens potential till rättslig utveckling, med särskilt fokus på hinder mot att åberopa nya omständigheter i högre rätt. Dels att undersöka om det med ett systemteoretiskt perspektiv går att förstå hur rättslig utveckling uppstår genom civilprocessen. Dessa två delsyften leder in i uppsatsens metasyfte; att öppna upp för ett resonemang kring om civilprocessen är betjänt av att ett värde om rättslig utveckling kommer till tydligare uttryck i processen.

För att uppfylla uppsatsens syfte behöver följande delfrågor besvaras.

- Vilka typer av konflikter (vilken typ av fakta) kommer typiskt sett presenteras för underrätterna?
- Kan preklusionsreglerna innebära att överrätternas möjligheter att bli presenterade för relevant fakta försvåras?

Resultatet avseende delfrågorna ovan ska slutligen, för att uppfylla uppsatsens syfte, analyseras i förhållande till resultatets implikationer på rättssystemets rättsvårdande funktion, och vilka behov som finns i civilprocessen. Detta leder in i två avslutande frågeställningar:

- I vad mån påverkar detta rättssystemets möjligheter att utvecklas?
- Behövs en ny syn på civilprocessens funktion?

1.5 Disposition

Omedelbart nedan följer ett försök från min sida att redovisa mina metodologiska utgångspunkter i uppsatsen. Då avsnittet är tämligen omfattande tror jag att uppsatsen, redan i detta läge, vore betjänt av en redogörelse över det därpå följande innehållet.

I *kap 2* presenteras en utvecklad problembeskrivning. Kapitlet har som mål att presentera de mer övergripande beståndsdelar i civilprocessen som är viktiga vid rättens möte med en konflikt. För att visa på det eventuella problem som uppsatsen undersöker avslutas

kapitlet med ett exempel som slutligen dekonstrueras för att belysa min problemformulering.

Kap 3 består till stor del av den teori jag använder mig av i uppsatsen. Jag inleder i huvudsak kapitlet med ett avsnitt om tidigare teorier på området. Därefter används ett avsnitt till att söka beskriva min teoretiska modell i form av en helhetsbild. Helhetsbilden byggs sedan på i återstoden av kapitlets olika avsnitt. I tur och ordning behandlas vilka beslut som leder till rättslig utveckling, var sådana beslut kan berika rättsordningen samt vilka hinder som mot bakgrund av detta finns mot att sådana beslut tillförs rättsordningen.

I *kap 4* görs – rättsligt sett – den materiella utredningen. Här utreds preklusionsreglerna mot bakgrund av den tidigare presenterade teoretiska modellen.

Analysen kommer läsaren möta för första gången i *kap 5*, även om uppsatsen fram till dess varit ganska analytisk. Här analyseras teorin och utredningen mot civilprocessens möjlighet att förstå samhället. I *kap 6* konkretiseras först min analys i några iakttagelser, därefter påbörjas ett försök att uppfylla uppsatsens andra delsyfte. I denna andra del samlas analys och iakttagelser tillsammans för att besvara om det är möjligt att förstå rättslig utveckling med ett systemteoretiskt perspektiv.

I *kap 7* har jag gjort ett försök att reflektera över de iakttagelser, konstateranden och i någon mån slutsatser som kommit ur uppsatsen fram till dess. Denna del ska läsas som en lite friare ansats att reflektera något över rättens och processens roll och funktion ur ett samhällsligt perspektiv, mot bakgrund av uppsatsens forskningsobjekt och den teori och empiri som kommit därur.

1.6 Metod

1.6.1 Vad är vetbart?

”Jag är min värld. (Mikrokosmos.)”⁴⁶

”Det tänkande, föreställande subjektet finns icke. Om jag skreve en bok ”Världen sådan jag fann den”, så borde jag däri berätta också om min kropp och säga, vilka lemmar som är underkastade min vilja och vilka icke, etc. Detta är nämligen en metod att isolera subjektet eller snarare att visa, att det i en viktig bemärkelse icke finns något subjekt. Ty subjektet ensamt skulle denna bok *icke* omnämna.”⁴⁷

”Subjektet tillhör icke världen, utan det är en gräns för världen.”⁴⁸

Att framställa objektiva metoder som är oberoende av objektet låter sig enligt mitt förmenande inte göras. Inte heller kan en metod göras oberoende av dess subjekt. Subjekt och objekt är därigenom tätt förknippade med varandra. Subjektet rekonstruerar objektet såsom det, med hjälp av sina sinnen, uppfattat detsamma.⁴⁹ Fakta och värde är likaså tätt förknippade med varandra. Det syns inte minst inom rättsvetenskapen där den doktrin som undersöker rättskällorna samtidigt utgör en del av rättskällorna. Den metod som används, och därmed de källor som används till att finna kunskap om forskningsobjektet, kommer därför påverka vilket resultat som kommer därur.⁵⁰ Därav bör, enligt mitt förmenande, forskarens perspektiv erkännas ha ett bestämmande inflytande över resultatet. Och kunskap bör därför beskrivas som kontext- och intressebunden.⁵¹

Att kunskap, till exempel den som framställs i denna uppsats, är intressebunden (d.v.s. påverkad av mig som författare) är något som jag, inom ramen för detta examensarbete,

⁴⁶ Wittgenstein, 1992 sats 5.63 s. 102.

⁴⁷ Wittgenstein, 1992 sats 5.631 s. 102.

⁴⁸ Wittgenstein, 1992 sats 5.632 s. 102.

⁴⁹ Töllborg, 1986 s. 41 not 17.

⁵⁰ Se Gustafsson, 2011 s. 11-30 särskilt not 12.

⁵¹ Angående kunskapen som kontext- och intresseberoende, se Habermas, 1973 särskilt s. 174 f. Kunskap beskrivs här som bundet av subjektets intressen såtillvida att det, bland annat, kommer verka styrande för inhämtning och tolkning av data. Kontexten är därtill avgörande såtillvida att den styr vilka metoder och vilka kunskaper som är giltiga.

inte förmår slå mig fri från. Till viss del har jag dock försökt minska detta (ständiga) problem (inom samhällsvetenskaperna) genom att i texten tydligt markera de passager då jag som författare uttrycker en åsikt till skillnad från då åsikten kommer från andra vetenskapspersoner. Vidare har jag använt mig av ett tämligen utförligt notsystem i vilket läsaren finner mer utförliga resonemang. Slutligen kan kunskapens kontextbundenhet medvetandegöras genom att forskaren redogör för på vilket sätt denne skaffar sig kunskap om forskningsfrågan samt genom att denne tydliggör de utgångspunkter som ligger till grund för kunskapssökandet. Därför följer nedan ett försök att redogöra för vad som konstituerar den kontext från vilken uppsatsens forskningsobjekt avlästs.

1.6.2 Tillämpad normativ analys

Tillämpad normativ analys kan enligt min mening sägas bestå i att på ett neutralt sätt problematisera en viss frågeställning utifrån vissa normativa premisser. Metoden skulle också kunna benämnas ”givet att”-analys; givet att jag kan utgå från vissa värden eller vissa normativa principer, vilka slutsatser leder det till? Syftet med en sådan analys är att visa att olika värden eller normativa premisser kan leda till olika normativa slutsatser i en och samma fråga.⁵² På så vis blir en uppsats normativa slutsatser beroende av vilka värden analysen förses med. En normativ analys kan också utföras genom att normativa principers relevans och genomförbarhet problematiseras.⁵³ Slutligen kan en normativ analys gå ut på att sätta olika normativa begrepp i relation till varandra.⁵⁴

Denna uppsats kan sägas ha sin grund i en sådan tillämpad normativ analys. En fråga i uppsatsen skulle utifrån denna metod kunna sägas vara: givet att det är önskvärt att civilprocessen har en rättsvårdande funktion samt givet att rättslig utveckling – såsom jag beskrivit begreppet – är något eftersträfvansvärt, fungerar civilprocessen på ett tillfredsställande sätt? Vidare använder jag mig av tillämpad normativ metod på så vis att jag ställer olika normativa begrepp i relation till varandra; bland annat genom att jag ställer begreppet rättstatsvärden mot begreppet rättsvård. Dessutom belyser jag i min normativa analys dels motsättningar mellan begreppen, dels begreppens förenlighet.

⁵² Badersten & Gustavsson, 2010 s. 126 ff.

⁵³ Badersten & Gustavsson, 2010 s. 129.

⁵⁴ Badersten & Gustavsson, 2010 s. 126.

1.6.3 Rättsdogmatisk metod

Då jag använder rättsdogmatisk metod, kan användandet, enligt min mening, sägas utgöras av två separata metoder. Dels då jag undersöker hur domare rent faktisk torde tillämpa en viss lagregel, dels då jag utreder hur en viss lagregel bör förstås. Dessa två metoder kan dock sägas vila på en i huvudsak gemensam grund; rättskällevärdet. Härav tar rättsdogmatisk metod, enligt min mening, avstamp i någon mån slutna källor till kunskap. Det vill säga att kunskap om rätten återfinns i de fyra rättskällorna, lag, förarbete, praxis och rättsvetenskaplig doktrin. Vidare har rättskällorna, och därmed rättsdogmatisk metod, som gemensamt syfte att fastställa gällande rätt; det görs genom att rättsregler systematiseras så att rättsordningen uppfattas som enhetligt och koherent.⁵⁵ Slutligen tolkas rättsreglerna med utgångspunkt i ett antal grundantaganden, såsom principerna om förutsebarhet och likabehandling. Dessa tre utgångspunkter (rättens slutna epistemologi, rättens enhet och rättens grundantaganden), menar jag, är vad som karakteriserar rättsdogmatisk metod.⁵⁶

1.6.4 Rättssociologisk metod

Om rättsdogmatisk metod kan sägas bestå i ett vertikalt perspektiv på rätten (jfr rättsdogmatikens tre utgångspunkter ovan) kan en rättssociologisk metod förstås som en del i ett horisontellt perspektiv där rätten undersöks i dess sociala och samhälleliga sammanhang.⁵⁷ Rättssociologi används till exempel för att undersöka rättens förmåga till styrning i olika samhällsfrågor, där den grundläggande frågan kan sägas vara vilka möjligheter som finns att påverka samhälleliga förhållanden med rättsliga instrument.⁵⁸ Rättssociologi kan

⁵⁵ Som Aleksander Peczenik uttryckt det: "Om någon inte utgår från rättssystemets enhet, må han vara en förtjänstfull rättssociolog, politisk debattör, samhällskritiker m.m., men inte någon rättsvetenskapsman i klassisk mening. Den sistnämndas samhälleliga roll är nämligen att tolka rättsreglerna på så sätt att de bildar ett enda rättssystem". (Peczenik, 1995b s. 278).

⁵⁶ Rättsdogmatiken kan, beskriven på det sätt som jag gjort, ge intrycket av att vara *en* metod. Dock tillämpas de olika rättskällorna i hög grad olika inom olika rättsområden (och kan dessutom utsträckas till att omfatta även fler rättskällor). Även rättens grundantaganden tillämpas olika på olika rättsområden (jfr t ex straffrättens hårda legalitetsprincip och civilrättens flexibla tillämpning). Detta ger vid handen att rättsordningen kan sägas bestå i en mängd, tämligen olika, rättsområden, där rättsdogmatisk metod ges olika tillämpning. Detta kan i sin tur väcka en diskussion om rättens pluralism, vilket jag dock avhåller mig från. Detta är anledningen till att jag valt att kategorisera rättsdogmatisk metod så abstrakt och vagt som jag gjort. Rättsdogmatiken är enligt min mening en samlingsbeteckning för ett flertal metoder som dock har de tre benämnda utgångspunkterna som gemensam(t) funktion/syfte.

⁵⁷ Jfr Hydén, 2002b s. 15-24.

⁵⁸ Hydén, 2002b s. 27.

i denna uppsats sägas användas som en metod för att undersöka det motsatta förhållandet. Det vill säga vilka möjligheter som finns att påverka rättsliga förhållanden med samhälleliga förhållanden som instrument. Den rättssociologiska kunskapen ligger här i att studera normproduktionen⁵⁹ inom processen och hur den samspelar eller motverkas av andra element i processen eller i den kontext processen äger rum.⁶⁰

1.6.5 Metodologiska utgångspunkter

Att undersöka vad preklusionsreglerna innebär för rättsutvecklingen är inte en liten fråga (erfor jag). Så, *var börja?* Alf Ross menade att den enda hållbara vetenskapliga utgångspunkten vad gäller rättsvetenskap är att göra förutsägelser om hur domstolar kommer att agera under vissa givna villkor.⁶¹ Förvisso är jag inte fullt enig med Alf Ross i den frågan, men ju mer jag tänkte på uttalandet desto mer insåg jag att det var precis vad som var utgångspunkten i min uppsats; att undersöka vilka villkor som ställs upp för domstolarna (hur de agerar och vad de ska agera utifrån) och sedan söka förutsäga (eller i var fall peka på) hur de kan komma att agera utifrån dessa; därtill belysa hur agerandet kan påverka rättsutvecklingen.

Så, *vad behövs?* Till att börja med kunde konstateras att denna uppsats inte som huvudsakliga syfte gör anspråk på att bestämma vad som utgör gällande rätt i någon bestämd del av rättsordningen. Istället gör den anspråk på att genom en problematisering av bland annat effekterna av preklusionsreglerna försöka ge ökad förståelse för rättsprocessens påverkan på rättsutvecklingen. Men hur skulle i så fall en vetenskaplig metod för en sådan undersökning se ut? I detta hänseende fick ett uttalande från Dennis Töllborg agera ledstjärna: ”metoden får aldrig tillåtas bestämma vad som är adekvat forskning, utan forskningsobjektet måste bestämma vad som är adekvata metoder”.⁶²

Till att börja med kunde jag konstatera att uppsatsens syfte skulle bli svårt att genomföra medelst en kvantitativ metod. Metoden skulle därför komma att bli kvalitativ. Därtill skulle den till stor del komma att bli teoretiskt förankrad. Mitt första övervägande däref-

⁵⁹ Jfr här domstolarnas normskapande verksamhet någonstans i spektrat rättsfastställande, rättsförtydligande, rättsutfyllande, rättsutvecklande, rättsbildande och rättsskapande som diskuteras i avsnitt 1.2 ovan.

⁶⁰ Jfr Hydén, 2002b s. 27.

⁶¹ Strömholm, 1996 s. 33 angående den s.k. prognosteorin.

⁶² Töllborg, 1988 s. 89.

ter bestod i från vilken position jag skulle studera rättssystemet: inifrån eller utifrån? Att studera rättssystemet *inifrån* som deltagare medför fördelar i form av större legitimitet från den läsekrets som uppsatsen riktar sig till. Jurister, och kanske i synnerhet domare är fostrade i juridisk metod och ett tillvägagångssätt där läsaren känner igen sig bidrar onekligen till välvilligheten hos denne. Nackdelar med en sådan metod är att forskaren är bunden av de rationaliteter som styr i det rättsliga paradigmet – principer som t ex förutsebarhet och rättssäkerhet blir i en inomrättslig metod naturlagar – vilket försvårar den analys som vill utreda vilka effekter rationaliteterna har på det som befinner sig i och utanför rättssystemet. Med en måhända banal och missvisande liknelse riskerar en sådan metod att bli som att beskriva utsidan av ett hus endast genom att undersöka dess insida; det går att ge svepande beskrivningar om formen, men en detaljerad beskrivning av färg, material och utseende är inte möjlig.

Vad gäller en *utomrättslig* metod kan följande fördelar omnämnas. Att studera det rättsliga systemet som åskådare där det utövar sin makt, det vill säga i brytpunkten mellan samhälle och rätt, innebär att objektet undersöks så nära dess källa som möjligt. Vidare möjliggör en sådan metod förståelse för rättssystemets funktion utåt, som inte blir beroende av de rationaliteter som styr inom rättssystemet.⁶³ Nackdelar med ett sådant metodval kan sammanfattas enligt följande. Ett studium av rättssystemet som endast tar utgångspunkt i ett utifrånperspektiv riskerar att tappa förståelse för de saker som påverkar dess yttre form. För att återvända till husliknelsen kan ett hus yttre form sägas vara direkt beroende av vilka behov som finns inne i huset; exempelvis kommer önskemål om kakelugn inuti huset innebära att en skorsten behöver monteras på dess utsida, vilket påverkar dess yttre form. Endast kunskap om att det finns en skorsten skulle ge vissa antydningar om vad som orsakar dess behov, men det är endast genom att kliva in i huset som man kan hitta den exakta orsaken till behovet – d.v.s. kakelugnen. Ett yttre studium av rätten kan således, enligt mig, besvara frågan *vad*, men det är endast genom att också göra ett inre studium som frågorna *hur* och *varför* kan besvaras.

⁶³ Se exempelvis Foucault, 1993 s. 33-40. Se även Sandgren, 2005a.

Jag fastnade därför för en kombination av ett inre och ett yttre studium av rätten.⁶⁴ Vilket till stor del berodde på att jag i huvudsak skulle undersöka rätten som konstruktion och inte dess faktiska innehåll. Undersökningen av rättssystemet var därför nödvändig att göra också i en position utanför detsamma eftersom systemet som instrument inte kan förklara sin egen karaktär annat än utifrån sina egna rationaliteter.⁶⁵ Vid utredningen och analysen av preklusionsreglerna används däremot till viss del en metod för ett inre studium av rätten, men även till viss del en metod för ett yttre studium av rätten såtillvida att jag gör en strukturell ansats. Studiet av rättssystemet sker med en metod för ett yttre studium av rätten. Genom rättssociologiska, sociologiska och kognitionspsykologiska metoder och teoribildning konstruerar jag nedan en rättsteoretisk bild (en teoretisk modell) av civilprocessen och den positiva rättens förmåga till rättslig öppenhet.

För att rekapitulera något från mitt försök att beskriva mina metodologiska utgångspunkter från ett innanför/utanför-perspektiv på rätten övergår jag nu till att beskriva mina utgångspunkter utifrån det forskningsobjekt som undersöks. Forskningsobjektet kan, väl medveten om dess abstrakta natur, sägas vara förändringsmöjligheten av positiv rätt via civilprocessen. Eller kanske mindre otydligt, öppningar i civilprocessen som innebär möjligheter för omständigheter att utveckla den positiva rätten. Detta – forskningsobjektets konstitution – kan sägas vara grundat i en hypotes (som jag också använder som axiom), nämligen att rättsutveckling (bland annat) uppstår genom rättsliga beslut. Ur detta har jag delat in uppsatsen i två delar. Den första delen undersöker hur öppningen för rättsutvecklingen ser ut inom civilprocessen. Därefter, i en andra del, har jag undersökt en potentiell begränsning för processen; nämligen preklusionsreglernas utformning. Uppsatsen kan därigenom sägas röra sig på två nivåer. Dels en makronivå där rättssystemet som helhet återfinns, dels en mikronivå som kan sägas kretsa kring vissa särskilda lagstadganden. Makronivån används i ett försök att skapa en teoretisk modell för att avläsa civilprocessens funktion med utgångspunkt i rättsvårdande värden. Mikronivån används sedan

⁶⁴ Måhända kan metoden sägas bestå i en rättslig poetik (men detta är ett begrepp jag avstår från att använda). Se härom Andersson, 2007 s. 17.

⁶⁵ Se Hydén 1978 s. 26. Se också Peczenik som skriver att ”[r]ättssystemets enhet är den klassiska rättsvetenskapens (rättsdogmatikens) grundantagande, av samma slag som kausalitetsantagandet i naturvetenskap. Sådana antaganden kan varken bevisas eller motbevisas inom den ifrågavarande vetenskapen. De tas för givet och bestämmer (definierar) vad som menas med detta slags vetenskap.” (Peczenik, 1995b s. 585)

för att skapa en (måhända ytligt förankrad) empirisk grund för att problematisera rättssystemets rättsvårdande karaktär.⁶⁶

I mitt researcharbete fann jag inga teorier som på ett tillgängligt och adekvat sätt beskrev forskningsobjektet i uppsatsen. Därför har jag fått skapa en sådan, vilket utgör den första delen i uppsatsen. Härvidlag kan invändningar göras mot mitt val av teoretisk modell samt mot sättet som jag presenterar den på.⁶⁷ Jag vill dock mena att trots att modellen måhända inte är lika hållbar som om jag hade använt en etablerad teori, gör vinsterna i relevans av att använda en för forskningsobjektet avpassad teori det ändå påkallat. För att på bästa möjliga sätt öka hållbarheten i teorin försöker jag dels nedan, så långt det är möjligt, beskriva de överväganden jag gjort, dels gör jag kontinuerligt genom uppsatsen hänvisningar till angränsande teorier. Vid utformandet av teori har jag tagit utgångspunkt i mer abstrakta och generella teorier som beskriver hur rättssystem fungerar. Dessa har jag sedan använt för att på ett konkret – måhända fortfarande alltför abstrakt – sätt förklara hur omständigheter kan ta sig in på den processrättsliga arenan och därifrån vidare in i rätten. Jag har i huvudsak använt mig av Kaarlo Tuoris teori om rättens nivåer, samt av Niklas Luhmann och Gunther Teubners systemteori om rätten som ett autopoietiskt system. Jag har, på grund av uppsatsens omfattning, blandat primära källor med sekundära källor. Som sekundär källa har jag i huvudsak använt Håkan Gustafssons omfattande avhandling *Rättens Polyvalens*, men andra sekundära källor har även använts.

Vid utformningen av hur jag skulle förklara möjligheterna att förändra den positiva rätten via civilprocessen identifierade jag några viktiga beståndsdelar. För det första kan forskningsobjektet sägas kretsa kring det rättsliga beslutet. Ett beslut skapas, enligt min mening, grovt förenklat i tre moment; input, bearbetning och output. Dessa begrepp används inte i uppsatsen, istället beskrivs beslut i förhållande till rättsliga normer som ett

⁶⁶ Angående att rättssystemets ideologiska karaktär endast kan beläggas på mikronivån, se Töllborg, 1986 s. 55 med däri gjorda hänvisningar.

⁶⁷ Teori används enligt Claes Sandgren till att framhäva samband, mönster, system och likheter inom en viss forskningsfråga. En teori ska vidare, enligt Sandgren, säga mer än det råmaterial som den vilar på, vilket därför, för att teorin ska bidra till uppsatsen, kräver att den ger ett underlag för en god analys. Teorin ska vidare vara avpassad för det forskningsobjekt som undersöks (vilket talar för mitt val av teori, se ovan). Sandgren benämner en teori som har begränsad räckvidd i tid, rum och övrig generalisering som en 'middle-range-theorie'. Så kan sägas vara fallet för den teori som jag presenterar, då den endast gör anspråk på att beskriva hur rättslig utveckling kan gå till genom civilprocessen. Se härom Sandgren, 2005b s. 78 ff.

subsumtionsspel samt som kognitionspsykologiska moment i beslutsfattande. För det andra kretsar forskningsobjektet kring auktoriteter, det vill säga vilka aktörers beslut som har möjlighet att påverka den positiva rätten. Detta beskrivs som en del i en rättslig rationalitet.

Vid beskrivningen av det rättsliga beslutets *input* har jag använt mig av rättsdogmatisk metod för att förklara vad som kan presenteras för den rättsliga beslutsfattaren.⁶⁸ Jag har vidare använt en sociologisk metod för att beskriva vad som på ett strukturellt plan kan komma att presenteras som input för den rättsliga beslutsfattaren. Här har jag valt att tillämpa de teorier som vuxit fram ur eftermälet från Michel Foucault om produktiv makt. Vid beskrivningen av det rättsliga beslutets *bearbetning*, samt beslutsfattarens mottaglighet för information (input), kan jag sägas i huvudsak ha använt mig av kognitionspsykologisk teori. Kognitionspsykologisk teori ligger här som bas för att beskriva en rationaliseringsprocess som kan ske hos den rättsliga beslutsfattaren, men rättsvetenskaplig metod används även för att förklara vissa delar i den kognitionspsykologiskt beskrivna bearbetningen. När det kommer till beslutets *output* har jag, genom att undersöka uppfattningen om rättens funktion, sökt beskriva rättslig rationalitet som sedan kan sägas bestämma hur det rättsliga beslutets utformning kommer att se ut; i denna del har jag använt mig av sociologisk metod med utgångspunkt i rättsvetenskaplig teori.

När det kommer till rättsliga auktoriteter har jag återgått till den rättsliga rationaliteten och därigenom sökt undersöka hur den tar sig uttryck när det kommer till vilka rättsliga beslut som har möjlighet att bli en del av den positiva rätten.

I den andra delen av uppsatsen utreder jag preklusionsreglernas inverkan på civilprocessens möjligheter att utveckla den positiva rätten. Denna del kan sägas bestå i, dels en strukturell, rättsvetenskaplig, ansats, dels en rättsdogmatisk ansats. Den rättsdogmatiska delen karakteriseras av en strävan efter att rent inomrättsligt utreda preklusionens inre och yttre avgränsning. Den mer allmänt hållna rättsvetenskapliga utredningen tar ett strukturellt grepp om reglernas utformning i syfte att undersöka preklusionens generella

⁶⁸ Med det avses att jag försöker utreda hur jurister i allmänhet uppfattar att en rättslig reglering skulle kunna komma att tillämpas i det enskilda fallet utifrån vissa specifika omständigheter.

omfång, samt till att undersöka – och lägga grund för en analys kring – om det går att se ett bakomliggande värde om rättslig utveckling i bestämmelsernas utformning och syfte.

1.7 Avgränsning

Vad gäller avgränsning av uppsatsen menar jag att en sådan i huvudsak görs i och med den teoretiska modell som läggs fram. Vad gäller val av teoretisk modell hänvisar jag till metodavsnittet ovan, särskilt det inledande avsnittet (*Vad är vetbart?*). Jag menar nämligen att mitt val av teori kommer påverkas av mig som subjekt, och även av i vilken kontext jag befinner mig i. Av den anledningen skulle en allmän avgränsning av teorival vara olycklig; det kunde alltid ha valts andra teoretiska förklaringsmodeller. Istället försöker jag redovisa de val jag har gjort på ett så transparent sätt som möjligt, och överlämnar därefter åt läsaren att bedöma relevansen i dem.

Preklusionsreglernas påverkan på rättssystemet avläses mot bakgrund av min teoretiska modell. Det innebär att uppsatsen *inte* utreder eller analyserar deras inverkan på rätten ur någon annan aspekt. Vidare utreds huruvida ett värde om rättslig utveckling står att finna i preklusionsreglernas utformning, vilket innebär att andra skäl att tillåta nya omständigheter i högre rätt inte utreds.

Det ovan sagda skulle också kunna sammanfattas och omformuleras på följande sätt: återstoden av uppsatsen är ett preliminärt och trevande försök att beskriva rättslig utveckling, samt dess möjligheter att ske inom ramen för civilprocessen.

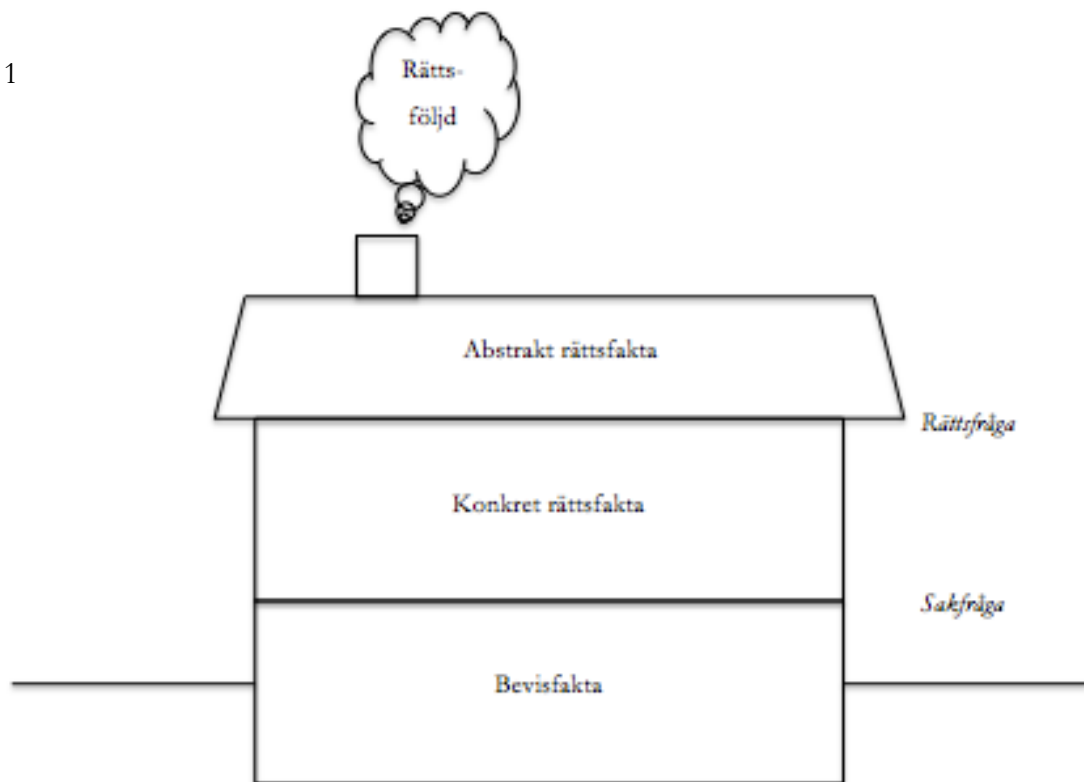
Med det sagt kör vi igång!

2 Utvecklad problembeskrivning mot en teoretisk modell

2.1 Processens grundläggande beståndsdelar

Den civilrättsliga processen kan, såsom Per Henrik Lindblom gjort, liknas vid ett hus.⁶⁹ Liknelsen bygger på att civilprocessens beståndsdelar kan kategoriseras som boende på olika våningsplan: vindsvåning, bostadsplan och källare. Liknelsen åskådliggör den nära relation som finns mellan begreppen abstrakt rättsfakta, konkret rättsfakta, bevisfakta och rättsföljd. På vindsvåningen är den abstrakta rättsfaktan belägen, på bostadsplanet bor den konkreta rättsfaktan och underst, i källaren, finns bevisfaktan. Ur skorstenen bolmar rök; det är rättsföljden – domslutet.

Fig. 1



Den abstrakta rättsfaktan består av de förutsättningar – rekvisit – som finns i den norm som domstolen är i begrepp att använda. Den kan exempelvis utgöras av *befogad förväntan rörande en varas kvalitet*, med den kopplade rättsföljden *fel i varan* (den positiva rätt som ut-

⁶⁹ Liknelsen används av, och är hämtad ur, Lindblom, 2003.

vecklats i KköpL 16 § bland annat genom NJA 2001 s. 155).⁷⁰ Den konkreta rättsfaktan utgörs av de förutsättningar ur den specifika situation som prövas i ett mål, dessa ska subsumeras under den abstrakta rättsfaktan. Exempelvis kan en sådan omständighet vara att en köpare har *haft förväntan att en sak skulle vara tillverkad i Sverige, att den istället varit tillverkad i Tyskland* och att det *inverkat menligt på sakens värde*. Slutligen syftar bevisfaktan – åtminstone som slutligt mål – till att bevisa den konkreta rättsfaktan.⁷¹ Sådan bevisfakta skulle kunna utgöras av ett *skriftligt utlåtande* från en säljare som fått en köpare att, med fog, förvänta sig att saken skulle ha varit tillverkad i Sverige, *handlingar* som visar att saken tillverkats i Tyskland samt en *sakkunnig* som intygar att detta verkat menligt för sakens värde.

Sammanfattningsvis kan en rättsföljd sägas vara beroende av abstrakt rättsfakta, vilken fylls med omständigheter – det vill säga att den subsumerar konkret rättsfakta under sig – som sedan befästs med bevisfakta. Bjälklaget mellan vindsvåningen och bostadsplanet (mellan abstrakt och konkret rättsfakta) motsvarar rättsfrågan. Bjälklaget mellan bostadsplanet och källaren (mellan abstrakt rättsfakta och bevisfakta) motsvarar sakfrågan.

Den processrättsliga funktionen kan med liknelsen av funkishuset i minne sägas vara vertikalt beroende på såväl ett rättfärdigande som ett sedimenterande sätt; vilket kan sägas vara ett uttryck för den syllogistiska rättstradition som rättspositivismen förespråkar (subsumtionsmetoden).⁷² *Det rättfärdigande beroendet* består i att bevisfakta möjliggör en viss konkret rättsfakta som aktualiserar en viss abstrakt rättsfakta som slutligen aktiverar en viss rättsföljd. *Det sedimenterande beroendet* består i att en förutsättning för att rättsföljden ska aktiveras är att den abstrakta rättsfaktan uppfylls. För att den abstrakta rättsfaktan ska kunna uppfyllas måste konkret rättsfakta som motsvarar densamma åberopas i målet. Den konkreta rättsfaktan måste nå upp till beviskravet; det uppfylls genom att tillräckligt god bevisfakta tillförs målet. Beroendet är alltså sedimenterande på så sätt att en 'våning'

⁷⁰ Valet att exemplifiera med ett konsumentköp beror på att det används som exempel i följande avsnitt. Medveten om att det kan förekomma indispositiva inslag i en konsumentköpsprocess väljer jag ändå att använda liknelsen då jag uppfattar den som belysande för min forskningsfråga. Exemplifieringen ska således ses som en bakgrund till resonemanget och inte som ett bevis för ett visst svar i min forskningsfråga.

⁷¹ Det påvisas exempelvis av att varje bevis ska ha ett bevisstema, det slutliga bevis temat (ska alltid) motsvaras av ett konkret rättsfakta se Lindblom, 2003 s. 208; se även Lindell, 2012 s. 49 f och 107.

⁷² Gräns, 2012 s. 105 f.

kommer skaffa sitt innehåll med utgångspunkt i hur innehållet ser ut i den 'våning' som ligger närmast över.

Nedan presenteras ett exempel i syfte att belysa hur uppfattningen om den positiva rätten⁷³ kan fungera sedimentterande för vilka omständigheter som presenteras i tingsrätten.

2.2 Exempel – *Den tyska båten eller en båt med många fel*

Konsumenten K kommer till advokat A och berättar att denne köpt en båt som den inte är nöjd med. Följande framgår av berättelsen.

K har köpt båten begagnad för 1 000 000 kr med leverans två veckor senare. 200 000 kr skulle sättas in på ett låst bankkonto som handpenning, bankkontot skulle öppnas då K fått möjlighet att besikta båten. Att besikta båten hade inte varit möjligt tidigare då båten i princip varit nedmonterad till följd av rekonditionering. Båten blev inte klar i tid, men K hade fått tillgång till den tre veckor (istället för avtalade två veckor) efter att de avtalat om köpet. Båten var då inte besiktad, men till följd av att K behövt segla hem den samma dag gick denne med på att ta emot båten. Det låsta bankkontot öppnades. Redan under seglatsen hem gick motorn sönder, det var förvisso något som gick att lösa men ändå inte kul på jungfrufärden med en ny båt. Under veckorna som följt hade mer och mer saker visat sig inte hålla den standard som K förväntat sig – inga stora saker, men, som sagt, inte kul på en ny båt.

K har, utan framgång, försökt ringa säljaren och berätta om sina problem för att därigenom få hjälp eller i vart fall kunna avtala om lite nedsättning på priset. Efter att K inte kunnat få tag i säljaren samt efter att fler småfel uppenbarats på båten, har K försökt göra köpet ogjort genom att sälja problembåten vidare. K vill nu ha ersättning för den förlust som denne gjort i och med affären, vilken uppgår till 500 000 kr. Advokat A funderar en stund och frågar – mest för att köpa sig lite mer tid att tänka – om K kan dra till minnes något mer som inte varit bra med båten. K svarar att det i så fall skulle vara det där med Tyskland. Advokat A kommer tillbaka ur tankarnas värld och frågar: Tyskland, vad är det med det? Jo, svarar K, jag trodde väl att båten var byggd i Sverige men det visade sig att den var byggd i Tyskland, det är ju lite irriterande med tanke på allt annat som hänt.

⁷³ D.v.s. vad som uppfattas såsom böra vara gällande rätt. Se härom avsnitt 3.4.1.1.3 och 3.4.2.3 nedan.

Advokat A börjar, när Konsument K lämnat kontoret, fundera över vilka eventuella rättsliga anspråk som kan göras. Advokaten vet att bestämmelsen i konsumentköplagen föreskriver att fel föreligger om varan inte överensstämmer med vad köparen med fog kunnat förvänta sig; denne drar sig också till minnes ett avgörande från högsta domstolen där en båt som var tillverkad i ett annat land än där köparen hade haft befogad förväntan att den skulle varit tillverkad, ansågs vara behäftad med fel. Advokat A har nu sin processtrategi klar för sig.

Nästa morgon dimper en stämningsansökan ner hos tingsrätten. Den är klar och tydlig, och framförallt kortfattad.

Konsument K yrkar att Säljaren till denne såsom nedsättning av köpeskilling förpliktas att utge 500 000 kr. K:s köp av båt motsvarar inte vad denne med fog kunnat förvänta sig då denne haft befogad förväntan att den skulle vara tillverkad i Sverige men att den senare visat sig vara tillverkad i Tyskland, vilket också har varit till skada för K. K har till följd av att denne inte kunnat nå säljaren sålt båten vidare. Köpeskillingen bestämdes, med båtens ursprung i åtanke, till ett marknadsmässigt pris om 500 000 kr. Detta har medfört skada för K motsvarande 500 000 kr.

Eftersom advokaten i exemplet sorterat ut vad som är lämpligast att presentera för domstolen ställs domstolen inför en presentation av en händelse som är tillrättalagd i syfte att skapa maximal effekt för klienten – d.v.s. så stor vinst som möjligt. För att det ska uppnås utgörs konkret rättsfakta av omständigheter som är relevanta för den abstrakta rättsfaktan. Bevisfakta utgörs i sin tur av saker⁷⁴ som är relevanta för den konkreta rättsfaktan. Därav har advokaten sorterat ut sådant som är 'rättsligt relevant', vilket presenteras för domstolen. Detta kan sägas vara ett led i en transformation av en verklig händelse till en rättslig händelse, vilket kan beskrivas med ett transformationsschema.⁷⁵

1. (V) – Händelser i den levda verkligheten (konflikten).
2. (V) → (R) – Valet av den rättsliga reglering som aktualiseras utgår från beskrivningen av händelserna i den levda verkligheten.

⁷⁴ Vittnen, sakkunnigutlåtanden, avtal, mail, ja i stort sett vad som helst.

⁷⁵ Schemat används i Bladini, 2013 s. 121. Schemat har för att passa civilrättens förutsättningar omarbetats något.

3. (V) + (R) \rightarrow (S) – Utifrån beskrivningen av den verkliga händelsen och den rättsliga regleringen som aktualiseras formuleras stämningsansökan.
4. (S) \rightarrow (B) – Utifrån stämningsansökan väljer parterna ut den bevisning de vill lägga fram.
5. (B) \rightarrow (JV) – Genom den bevisning som läggs fram och som tolkas av domarna produceras och representeras den juridiska verkligheten.

Vad som anses vara rättsligt relevant kan därför mycket förenklat sägas styras av vad som uppfattas vara den abstrakta rättsfaktan. Eftersom det finns möjlighet att argumentera för att den abstrakta rättsfaktan ska ges ett visst innehåll kommer advokaten att ställas inför ett dilemma; antingen använder advokaten omständigheter som är *lättare* att bevisa men som kräver mer rättslig argumentation, eller så använder advokaten omständigheter som är *svårare* att bevisa men som inte kräver lika långtgående rättslig argumentation. Det sker därför en växelverkan mellan p. 3 och 4 i transformationsschemat ovan. Detta kan uttryckas som så att de föreligger ett spänningsförhållande mellan å ena sidan risken för en konflikts förrättsligande – då rätten är statisk – och å andra sidan risken för rättens ’politiserande’ – då rätten är dynamisk.⁷⁶ Mathiesen har uttryckt detta väl – förvisso ifråga om politisk aktivism men där det på ett belysande sätt kan ersättas av termen ’reell konflikt’. Alltså att:

”[...] den rättsliga frågan överordnas konfliktens politiska – och egentliga – sidor. Den politiska [läs: den reella. D.J.] konflikten ombildas och får en ny, juridisk karaktär. Därmed ”mister man kontakten” med den ursprungliga konflikten och det den handlade om. Politiska ståndpunkter [läs: reella konflikter. D.J.] har gärna ett brett och sammansatt underlag, som innehåller personliga, moraliska och värdemässiga komponenter. När sådana konflikter ”rättsliggörs” snävas de in. Det som är juridiskt relevant tas med, men heller inte mera. Det övriga stoff som konflikten består av, och som i praktiken kan vara mycket viktigt, anses irrelevant och skalas bort.”⁷⁷

Ovanstående avsnitt har syftat till att belysa att konflikter alltid (riskerar att) förrättsligas, och att detta förrättsligande sker genom att den *upplevda verkligheten* genom den *rättsliga bestämelsen* transformeras till en *juridisk verklighet*. Nedan följer en teoretisk genomgång om

⁷⁶ Jfr Gustafsson & Vinthagen, 2010, som förvisso behandlar olika rörelsers val att föra sin politiska agenda genom rätten, men fungerar även väl för en analys av konflikters förrättsligande.

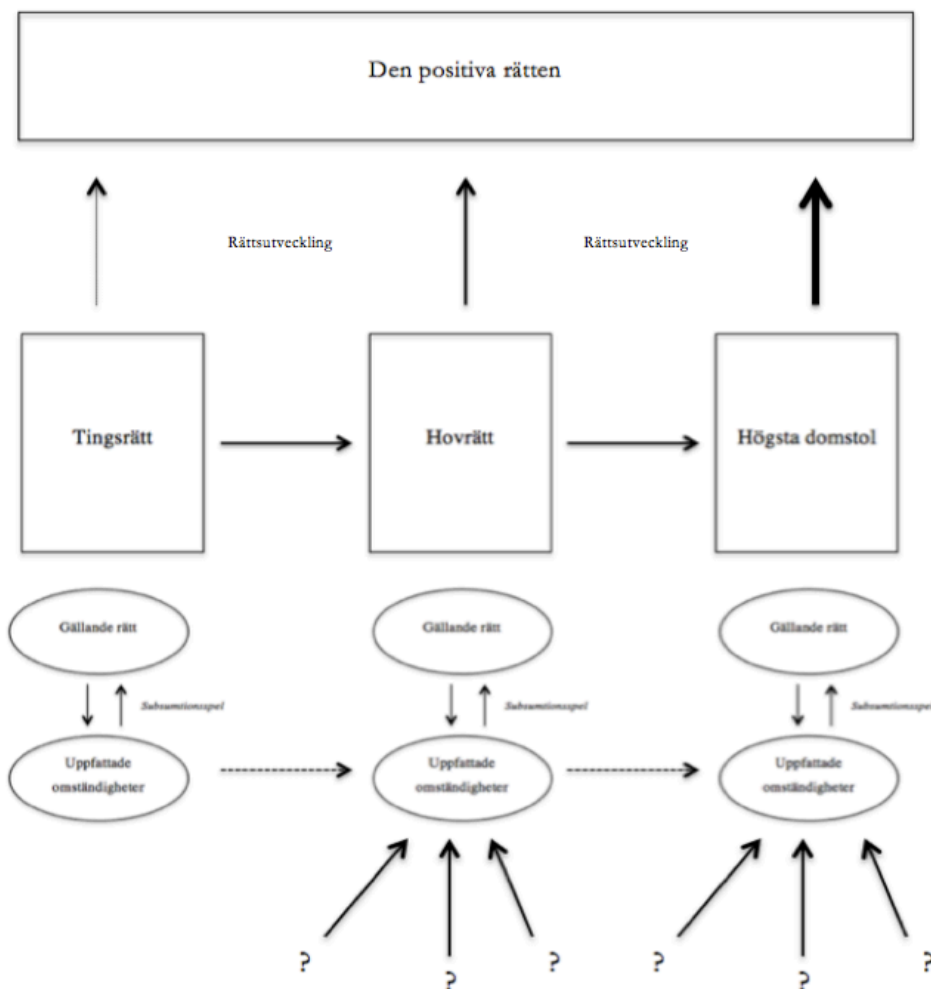
⁷⁷ Mathiesen, 2005 s. 181 f.

förklaringar till förrättsligande och (framförallt) försök att identifiera processrättsliga hinder mot rättslig förståelse – d.v.s. min definition av rättsutveckling – i motsats till konflikters förrättsligande.

3 Teoretisk modell – *att Förstå*

Detta kapitel ägnas åt att konstruera en teoretisk modell för att förstå hur rättsutveckling kan ske via civilprocessen. Kortfattat kan kapitlet sägas behandla frågan om *hur* domarens beslut om en rättslig lösning, bildar en rättslig norm som andra domstolar sedan förhåller sig till. Jag kommer inte beröra frågan om vad normkomplexet är för något, och inte heller (i egentlig mening) var kunskap om detta står att finna.⁷⁸ Mitt intresse är rättspraxis möjlighet att 'berika' rätten – d.v.s. dess förmåga att bidra till rättslig utveckling. Redogörelsen kommer att utgå från en skiss om hur rättslig utveckling kan gå till. Denna kommer byggas på genom kapitlet och avslutas slutligen med bilden nedan.

Fig. 2



Frågetecknen syftar till att visa varför preklusion i högre rätt ska utredas.

⁷⁸ För utförliga resonemang i denna fråga hänvisar jag till Svensson, 1997 och Gustafsson, 2002. Min behandling av 'gällande rätt' – som jag väljer att benämna 'positiv rätt' – kan sägas motsvara den Svensson förespråkar.

3.1 Nyttan med en systemteoretisk modell

Det kan ifrågasättas vad en systematisering av förhållandet *rätt och samhälle*, som följer nedan, tjänar för nytta. Är det en systematisering som gör anspråk på att förklara rätten, eller är det en systematisering som gör anspråk på att förklara vissa funktioner hos den samma? Det vill säga, är systematiseringen allmängiltig eller är den en metod för att förstå och förklara vissa aspekter hos rätten? Om det förra är utgångspunkten skulle systematiseringar som gör anspråk på att förklara förhållandet *rätt – samhälle* behöva ha förmåga att förklara alla företeelser som är potentiellt möjliga i detta förhållande. Så är i allmänhet inte fallet; snarare används en systemteori ofta som ett verktyg för att förstå och analysera *vissa* företeelser i det systematiserade förhållandet. *Så länge* en teori kan förklara relevanta före- och frågeställningar anses den därmed vara användbar. Med min systematisering nedan gör jag anspråk på att den ska karakteriseras som en sådan teori (s.k. middle-rangeteori). Det vill säga en teoretisk modell som enligt det senare alternativet förklarar *vissa* företeelser hos rätten.

Innan jag presenterar min teoretiska modell följer nedan min uppfattning av hur några angränsande teorier på området bör läsas. I min teoretiska modell förhåller jag mig till en del av dessa. Framställningen kan sägas tjäna till att ge en liten översikt av hur andra teoretiker har sett på förhållandet *rätt – samhälle*, det vill säga den eventuella brytpunkt som finns mellan det inom- och det utomrättsliga. Framställningen tjänar också till att ge en förståelse för de jämförelser som följer längre fram i uppsatsen.

3.2 Några etablerade teorier på området

Kelsen, Hart och Dworkin har gjort positivistiska ansatser, med i huvudsak ontologiska förtecken,⁷⁹ för att förklara rättens legitimitet och funktion. Kelsen beskrev rätten som ett autonomt system bestående av normer som står i en hierarkisk relation till varandra; överst: *grundnormen* ur vilken alla andra rättsregler kan härledas.⁸⁰ Grundnormen utgör i Kelsens teori den avgränsade faktorn mot det utomrättsliga. På ett liknande sätt förkla-

⁷⁹ I ett rättsteoretiskt sammanhang kan ontologi sägas besvara frågan: vad är rätten? medan begreppet epistemologi (som används nedan) besvarar frågan: hur finner jag kunskap om rätten? Ontologiska rättsteorier tenderar att söka rättfärdiga rättsordningen utifrån ett legitimitetsperspektiv medan epistemologiska rättsteorier tenderar att undersöka gränserna för den rättsordning som finns – exv. rättskällevärdet och dess innehåll.

⁸⁰ Se Strömberg, 2011 s. 61 ff; Se även Gustafsson, 2002 s. 79 f samt Peczenik, 1980 s. 42 f.

rade Hart⁸¹ rättssystemets legitimitet och avgränsning mot övriga normsystem med en *igenkänningsregel*.⁸² Hart menade att denna igenkänningsregel utgör rättssamhällets grundläggande regel, vilken bemyndigar och legitimerar införandet av nya regler.⁸³ Liksom Kelsens grundnorm utgör Harts igenkänningsregel avgränsande faktor mot det utomrättsliga. Dworkin förklarade rättssystemet som bestående i regler och principer; om en regel saknas står en lösning alltid att finna i de principer som rättssystemet är uppbyggt kring. Enligt Dworkin är en regel binär (antingen tillämpas den eller så tillämpas den inte) medan principer är icke-binära; de kan vägas mot varandra för att utvinna en giltig rättsregel.⁸⁴ Som avgränsande faktor mot det utomrättsliga står, i Dworkins teori, domaren Hercules som kan komma fram till det mest välgrundade beslutet i varje rättslig fråga eftersom dennes tid och kunskap alltid är tillräcklig.⁸⁵

Epistemologiska ansatser har också gjorts för att förklara rättens relation till samhället.⁸⁶ I dessa angrips den ontologiska frågan ofta med ointresse eller skepsis; istället tar teorierna utgångspunkt i frågor som rör var gränsen för olika rättskällors material går. Vidare undersöker de samspelet med (eller kommunikationen om)⁸⁷ – istället för att avgränsa sig mot – samhället i övrigt. Min teoretiska modell tar utgångspunkt i en sådan ansats.

Luhmann och Teubner har förklarat förhållandet mellan rätt och samhälle som *normativt slutet* och *kognitivt öppet*. Rätten är enligt Luhmann normativt sluten på så sätt att det alltid är en norm som avgör om en viss omständighet är rättsligt relevant eller inte; det som finns inom systemet produceras och reproduceras med hjälp av dess konstitutiva delar – exempelvis praxis och doktrin. Det rättsliga systemet är därför enligt denna teori självförsörjande och det (re)produceras genom interna processer – *s.k. hypercycles*.⁸⁸ Vidare är rät-

⁸¹ Som förvisso av vissa kategoriserats som rättsrealist. Se Gräns, 2006 s. 61.

⁸² Gustafsson, 2002 s. 50.

⁸³ Peczenik, 1980 s. 43 f.

⁸⁴ Gustafsson, 2002 s. 39-45.

⁸⁵ Enligt Gustafsson är det Dworkins Hercules-hypotes som gör honom till rättspositivist – d.v.s. att Hercules pressas in som en epistemologisk/metodologisk tolkningsbegränsning. Gustafsson, 2002 s. 51 f. En slutsats som jag delar. Mitt val att presentera honom tillsammans med Kelsen och Hart motiveras därmed. Det kan dock diskuteras om Dworkins teori har ontologiska förtecken. De skulle likväl kunna beskrivas som epistemologiska.

⁸⁶ D.v.s. då det "[...] inte [är] rättens enhet och grund [som söks] utan dess kunskapsintresse" (Svensson, 1997 s. 284).

⁸⁷ Luhmann, 1988 s. 18 f.

⁸⁸ Gustafsson, 2002 s. 84 ff.

ten enligt Luhmann kognitivt öppen genom att den har förmåga att reproducera sig själv i förhållande till sin omgivning – alltså, att rätten kan ta in information om sin omgivning. Till den kognitiva öppenheten hör begreppsparet *självreferens* och *extern referens*, som innebär att systemet själv väljer mellan att antingen hämta in information utifrån, eller att söka informationen inom det egna systemet. Till den normativa slutenheten hör begreppsparet *rättslig* och *icke-rättslig*, vilket kortsagt innebär att rättssystemet avgör vad som är, och vad som inte är, rättsliga normer.⁸⁹ Genom detta ges rätten förmåga att beskriva sin egen distinktion mot omgivningen och att själv reglera sin reproduktion – s.k. *autopoiesis*.⁹⁰

Juristprofessionen upprätthåller, med detta synsätt, den normativa slutenheten via sin kommunikation med omgivningen. Det görs genom att normativa villkor ställs upp för vem som kan vara jurist och vad en sådan gör samt för vad som är rättsligt relevant argumentation.⁹¹ Samtidigt är juridiken en informationsprocessande verksamhet vilket innebär att den oavbrutet påverkas av föreställningar från omgivningen, vilket gör den kognitivt öppen. Glavå & Petrusson menar att Luhmanns teori härigenom ska förstås som att vad som kan ta sig in via den kognitiva öppenheten begränsas av de normativa villkor som ställs upp av juristprofessionen.⁹² Rättens aktörer avgör vad som är, och inte är, rättsligt relevant information.

Teubner som stödjer sig på Luhmanns teori förtydligar dock att rätten som system är ett subsystem bland många andra inom det sociala systemet⁹³ och att subsystemets interna processer därför måste rymmas som interna processer även inom det sociala systemet.⁹⁴ Teubner menar vidare, i likhet med Luhmann, att systemets gränser sätts av gränsöverskridande s.k. 'materiality continuum', som ger andra subsystem och samhället i stort tillgång till information om ett visst subsystems mening, form och funktion.⁹⁵ Ett synsätt

⁸⁹ Luhmann vars teori översiktligt presenteras nedan menar att rätten som ett slutet system inte har förmåga att kommunicera med samhället, men att den måste ha en kommunikation *om* samhället. Se Luhmann, 1988 s. 15 f.

⁹⁰ "An autopoietic system [...] constitutes the elements of which it consists through the elements of which it consists" (Luhmann, 1988 s. 14). Se även Attwooll, 1997 s. 174.

⁹¹ Teubner, 1992.

⁹² Glavå & Petrusson, 2007.

⁹³ D.v.s. samhället och alla de sociala system som relationer däri skapar.

⁹⁴ Teubner, 1992.

⁹⁵ Teubner, 1988 s. 335-348.

som i huvudsak kan sägas motsvaras av Chantall Mouffes diskursbegrepp. Hon beskriver diskursens funktionssätt (*action*) som konstituerad av dess mening (*meaning*).⁹⁶ Omgivningen förstår härigenom det rättsliga systemet, ger det legitimitet och förhåller sig till det.⁹⁷ Teubner betonar vidare att systemet produceras och reproduceras av dess interna processer, vilka inte påverkas av yttre faktorer annars än då det sker på systemets villkor.⁹⁸ Samtidigt menar Teubner att systemets processer utförs genom mänsklig kommunikation.⁹⁹

Såväl Luhmanns som Teubners teorier om rätten har vad de kallar *autopoiesis* som avgränsande faktor mot det utomrättsliga; vilket alltså innebär en slags autonom produktion av normer och ett aktivt särskiljande mot vad som finns utanför systemet. Luhmann menar att denna autopoiesis är binär – d.v.s. att ett system antingen är autopoietiskt eller inte – medan Teubner menar att det kan finnas olika grader av autopoiesis.¹⁰⁰

Kaarlo Tuori har utvecklat en teori som förklarar rätten ur ett vertikalt perspektiv. Tuori beskriver rätten som bestående i flera vertikala nivåer som skär genom samhällets horisontella lager. Dessa nivåer består av *rättens ytnivå*, *rättskulturen* och *rättens djupstruktur*.¹⁰¹ Ytnivån består av enskilda bestämmelser, domstolsavgöranden och rättsvetenskapliga norm- och tolkningsantaganden – kort sagt den kunskap som ett rättsområdes aktörer tillägnar sig inför vardagliga juridiska problem.¹⁰² Rättskulturen utgörs, enligt Tuori, av den för tillfället rådande kulturen inom rättsideologin, vilken omfattar systematisering av allmänna läror, grundbegrepp och rättsprinciper – en typ av rättslig diskurs.¹⁰³ Rättskulturen förändras långsammare än ytnivån men snabbare än den underliggande djupstrukturen.¹⁰⁴ I djupstrukturen återfinns samhällets grundstruktur som innehåller ”grundläggande rättskategorier, fundamentala normativa principer och specifika rationalitetstyper”¹⁰⁵ – därmed de värden rätten (och samhället – distinktionen är på

⁹⁶ Mouffe, 2013 s. 60 ff.

⁹⁷ Teubner, 1992.

⁹⁸ Teubner, 1993 s. 27.

⁹⁹ Teubner, 1993 s. 26.

¹⁰⁰ Teubner, 1993 s. 27-30; Se även Attwooll, 1997 s. 174.

¹⁰¹ Svensson, 1997 s. 292 f. Se även Tuori, 2003.

¹⁰² Tuori, 2002 s. 150 f.

¹⁰³ Se Tuori, 2002 s. 162 f.

¹⁰⁴ Svensson, 1997 s. 293.

¹⁰⁵ Gustafsson, 2002 s. 54f.

denna nivå uttraderad) bygger på.¹⁰⁶ Djupstrukturen anger själva förutsättningarna för det rättsliga tänkandet – enligt Gustafsson dess epistemologiska grunder.¹⁰⁷ Tuori identifierar ett växelspel mellan de olika vertikala nivåerna där händelser på ytnivån sedimenteras ner till de undre nivåerna samt ett justifikationsförhållande där beslut på ”ytnivån” justifieras av rättsprinciperna i rättskulturen, vilka i sin tur rättfärdigas av djupstrukturens fundamenta”.¹⁰⁸ Till de olika nivåerna finns olika möjligheter till påverkan ’utifrån’. Rättskulturen är exempelvis inte territoriellt avgränsad och påverkas därmed av andra rättssystem. Djupstrukturen har sin grund i en samhällelig struktur och är öppen för ’yttre’ påverkan. På detta sätt menar Tuori att rätten är ett förhållandevis autonomt system som samtidigt hämtar sitt innehåll från omgivningen.¹⁰⁹ Inhämtandet av information från omgivningen sker enligt denna teori i rättens undre nivåer. Som avgränsande faktor mot det utomrättsliga ställer Tuori alltså upp olika nivåer hos rätten; dessa är innehavare av olika censurmekanismer mot det utomrättsliga. Även om hans differentiering mellan rätt och samhälle är mindre rigid än de ovan beskrivna teorierna är han tydlig med att det på de övre nivåerna finns en skillnad mellan rättsligt och icke-rättsligt vetande – d.v.s. en differentiering mellan inom- och utomrättsligt.

Gemensamt för de två nämnda teorierna (Luhmann & Teubners och Tuoris) närmast ovan är att de identifierar olika avgränsande faktorer mot samhället, men att de samtidigt påvisar en slags rättslig öppenhet; denna öppenhet är i de olika teorierna olika stor. Nedan presenteras en teori som försöker slå sig fri från distinktionen inom och utom.

Deleuze & Guattari har förklarat samhället som ett rhizom. Subsystemen¹¹⁰ i samhället utgörs i denna teori av tillfälliga plattåer som består av ’kluster’ som utgörs av territorialiserande, deterritorialiserande och reterritorialiserande flyktlinjer.¹¹¹ Enligt deras

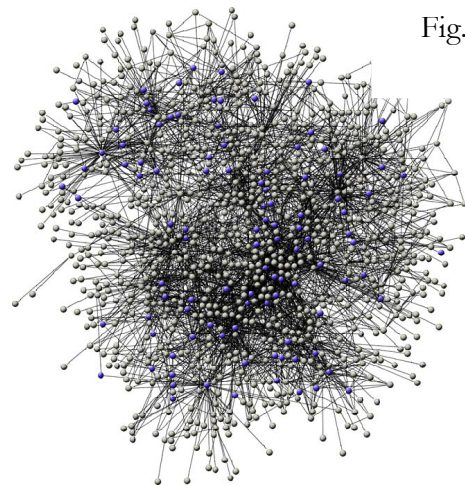


Fig. 3

¹⁰⁶ Tuori, 2002 s. 185 ff.

¹⁰⁷ Gustafsson, 2002, s. 55.

¹⁰⁸ Gustafsson, 2002 s. 55.

¹⁰⁹ Se Gustafsson, 2002 s. 54 ff.

¹¹⁰ Egentligen använder Deleuze & Guattari inte begrepp som subsystem och samhälle eftersom det är just dessa de vill komma bort från.

¹¹¹ För mer utförlig genomgång av teorin, samt för källor till följande genomgång av Deleuze & Guattaris rhizomteori, se Bruncevic, 2014 s. 71-106.

teori finns inget *innanför* och *utanför*; samhället är nomadiskt och flyktigt – rhizomatiskt. För att förstå samhällets rörelser avgränsar människor det – exempelvis territoriellt eller konceptuellt.¹¹² Dessa avgränsningar bildar dynamiska plåtar (som i andra teorier ses som statiska subsystem). Deleuze & Guattari menar att plåtarna endast kan vara tillfälliga då de består av förtätningar av territorialiserande *flyktlinjer* som ständigt förändras. Mellan plåtarna finns inte någon hierarki, bara olika möjligheter att fånga upp flyktlinjer.¹¹³ Plåtarna ska därför avläsas likt en karta (uppifrån) snarare än som ett spår (eller som i en trädssystematik).¹¹⁴ Om rhizomet (och plåtarna däri) delas, eller går sönder, har det förmåga att återskapas och bygga upp sig med hjälp av gamla eller nya flyktlinjer.¹¹⁵ Då plåtar skapas och förändras av olika flyktlinjer, styrs plåtarnas autonomi enligt denna teori av dess oförmåga att fånga upp flyktlinjer – d.v.s. dess förmåga till s.k. *konnektabilitet*.

Deleuze & Guattaris rhizomteori är en säregen skapelse som i huvudsak angriper sättet människor tänker och systematiserar saker och ting på. De förespråkar att tänkandet ska ske med utgångspunkt i icke-hierarkiska paradig; istället för att som i den klassiska genealogiska modellen strukturera tänkandet i en binär modell som tar utgångspunkt i diskurser (jfr hur exempelvis ett släktträd utformas).¹¹⁶ De förespråkar därför ett rhizomatiskt systematiserande som inte har någon början eller slut och som förgrenar sig åt alla håll.

¹¹² Sveriges gränser skulle kunna vara exempel på en territoriell avgränsning medan feminister skulle kunna vara exempel på en konceptuell avgränsning. En person som hamnar inom avgränsningen för feminist skulle likväl kunna hamna i en annan konceptuell avgränsning som t. ex kille eller fotbollsspelare; det konceptuella begreppet feminism skulle också kunna avgränsas på andra sätt (vilket ofta görs: anarkafeminism, liberalfeminism eller de större; genus och humanism).

¹¹³ Deleuze & Guattari, 1988 s. 9.

¹¹⁴ Deleuze & Guattari, 1988 s. 13f. Se även Bruncevic, 2014 s. 98 ff.

¹¹⁵ Deleuze & Guattari, 1988 s. 9. Se även Bruncevic, 2014 s. 97 f.

¹¹⁶ Med en klassisk genealogisk modell avser jag den era som påbörjades av Nietzsche och som förädlades av Foucault. Foucault beskriver exempelvis i *Vansinnets historia* vansinne som en dikotomi till förnuft. Förnuftet bestäms enligt honom av den för tillfället rådande normen som befästs i den rådande diskursen; ur det bestäms vansinnet negativt som allt sådant som inte är förnuftigt. Därav bestäms allt sådant som inte motsvarar de rådande normerna inom den rådande diskursen som icke-förnuftigt = vansinne. (Foucault, 1973). För skillnader i de två sätten att tänka, jfr Foucault, 1993 och Deleuze, 1998. Foucault beskriver exempelvis makt som knutet till särskilda diskurser där saker avskiljs med hjälp av binära koder – acceptans eller icke-acceptans, gott eller ont, bra eller dåligt osv. Detta avgör vad diskursen är mottaglig för. Ledning kan även hämtas ur Luhmanns teori som presenterats ovan. Deleuze till skillnad från Foucault beskriver exempelvis makt som något som flödar över diskursgränserna och som inte är knutet till särskilda områden i samhället. Rhizomteorin kan sägas vara ett försök att förklara detta flöde.

Teorin syftar, enligt min mening, till att förklara systemtänkande på ett annat sätt. Med Deleuze & Guattaris förklaringsmodell kan avgränsningar inte göras på samma sätt som i tidigare teorier. Den avgränsande faktorn mot det utomrättsliga i Deleuze & Guattaris teori blir därför människors tendens att systematisera 'saker' i hierarkiska paradigmen enligt en genealogisk metod. Med Deleuze & Guattaris sätt att systematisera skulle den avgränsande faktorn mot det utomrättsliga närmast försvinna som ett statiskt begrepp, då det inte finns något som kan kallas utom(rättsligt) och inom(rättsligt). Som ett dynamiskt begrepp skulle den utomrättsliga faktorn för en tillfällig plåt kunna sägas vara dess konnektabilitet – d.v.s. dess förmåga att fånga upp flyktlinjer.

Min teoretiska modell i denna uppsats ansluter sig till de senare typerna av teorier såtillvida att den fokuserar på rättens epistemologiska, och strukturella, förmåga att ta till sig 'utomrättsligt' material. Den gör inte anspråk på att systematisera rätten som ett objektivet faktum, istället tar den avstamp i juridikens källor till kunskap och dess distinktion mellan inre och yttre. Modellen är alltså ett sätt att förstå och förklara rätten utifrån ett rättsutvecklingsperspektiv och gör ingalunda anspråk på att vara allmängiltig; det går mycket väl att systematisera rätten på andra sätt och därigenom visa på andra funktioner än just de jag vill påvisa. I min ansats försöker jag återkoppla till ovan beskrivna teorier där det är möjligt, jag kommer även introducera ytterligare teorier allteftersom jag presenterar min modell, jag har dock inte funnit det befogat att redogöra för dem ovan.

3.3 Rättsutveckling – ett analysschema

3.3.1 Förenklad helhetsbild

Inledningsvis vill jag göra en distinktion mellan *positiv rätt* och *gällande rätt ad hoc*. Den positiva rätten är alla de rättsregler, principer och värden som står att finna med hjälp av rättskällorna och som utgör anvisningar för hur domstolar och andra ska handla;¹¹⁷ detta är studieobjektet för att utröna gällande rätt.¹¹⁸ Den gällande rätten, å andra sidan, skapas

¹¹⁷ Den positiva rätten kan med detta synsätt ses som ett idésystem vars värden, axiom, kunskapssyn och epistemologi ligger till grund för hur föreställningen om dess innehåll formas. Se Svensson, 1997 s. 286

¹¹⁸ Det skulle till viss del kunna motsvaras av Gustafssons begrepp *rättsordning*. (Gustafson, 2002 s. 47 f); det skulle kanske mer rättvisande kunna motsvaras av hans beteckning *rättsligt vetande* – som utgör ett

*ad hoc*¹¹⁹ och är en konkret rättslig lösning på ett konkret rättsligt problem.¹²⁰ Gällande rätt finner sitt innehåll med utgångspunkt i den positiva rätten och *utgör en tolkning av densamma*.¹²¹ Annorlunda uttryckt kan gällande rätt enligt min distinktion sägas vara rättslig aktivitet medan den positiva rätten är rättsliga normer.¹²² Måhända kan detta, i vart fall översiktligt, motsvaras av Otto Brusiins två centrala teser:

”(1) The work of the judge is a creative activity, only distinguished from that of an artist in being tied to legal certainty and predictability. (2) The judge creates and embodies legal culture in an abstract form [positiv rätt. D.J.] on the one hand, and in a concrete form [gällande rätt ad hoc. D.J.] on the other; these forms materialize in concrete decisions and the legal system.”¹²³

Som uttrycks i figuren nedan korrelerar positiv rätt mot *tänkta omständigheter* i allmänhet, medan gällande rätt korrelerar mot *uppfattade/presenterade omständigheter* i ett specifikt fall.¹²⁴

samlat begrepp för beteckningarna rättsordning och rättssystem. Rättsordningen utgörs, enligt Gustafson, av ”den regelmassa som uttrycks i lagtext, förordningar, föreskrifter, rättspraxis etc: alltså de kodifierade rättsreglerna som produkter av lagstiftaren (lagstiftning) och domaren (rättstillämpningen).” (Gustafson, 2002 s. 47). Rättssystemet karakteriseras som ”den systematiserande och ordnande nivån i rätten.” (Gustafson, 2002 s. 48). Rättssystemet systematiserar alltså rättsordningens regelmassa genom rättsliga (bakgrunds)principer, rättsliga argumentationsmodeller och utifrån vissa rationalitetskriterier.

¹¹⁹ Jag använder termen *ad hoc* för att belysa att det är ett rättsligt beslut som skapas till den problemställning som formuleras inför rätten. Med gällande rätt i den rättsliga processen åsyftar jag således en rättslig lösning på ett specifikt problem.

¹²⁰ Se exempelvis Pålsson som beskriver begreppet som rättstillämpning. ”Lagtolkning preciseras därvid som en rättslig bedömning av innehållet i rekvisit (rättsfaktumsidan) i en eller flera lagregler, eventuellt med hjälp av motiv, praxis eller andra rättskällor. Den användning av rättskällorna som utmynnar i lagtolkning är dock i denna kontext endast en delmängd av det vidare begreppet rättstillämpning. Rättstillämpningen omfattar här även en applicering av tolkningsresultatet på verkligheten.” (Pålsson, 1998).

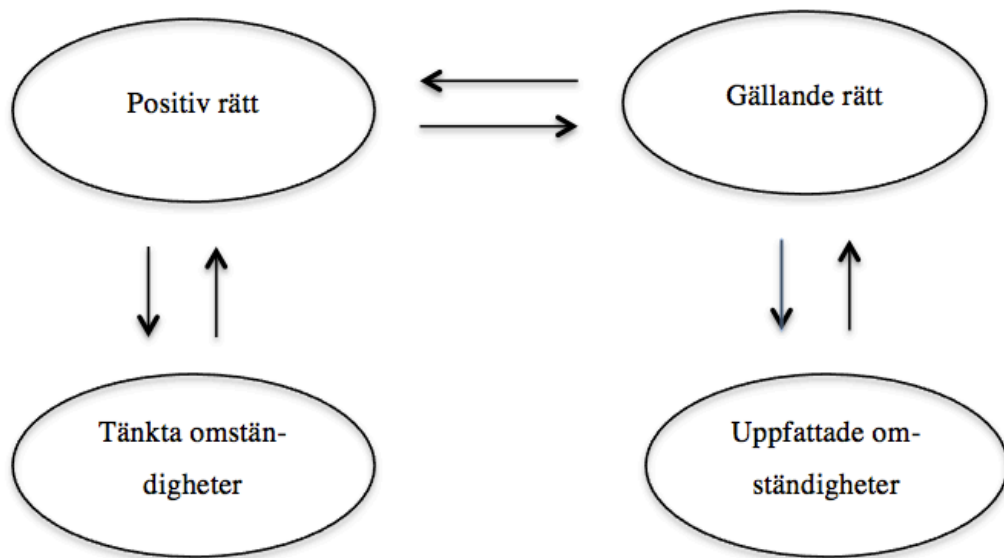
¹²¹ Derrida har beskrivit det jag kallar gällande rätt *ad hoc* som ”det som passerar eller inte passerar, dess plats och dess ickeplats *ante portas*: [...] inträngandet (*Eintritt*) i lagen? Uppskjutandet intill döden för det gamla barnet, den lilla åldringen, kan likaväl tolkas som ickeinträngandet på grund av för tidig sädesavgång som på grund av en utebliven sådan. Resultatet är detsamma: dom, avslutning.” (Derrida, 2007 s. 209).

¹²² Måhända skulle Gustafsson välja att benämna denna definition som en del i rättssystemet, se Gustafsson, 2002 s. 48-56. Jag vill dock mena att en sådan definition, för min uppsats, blir missvisande. Den gällande rätten tar utgångspunkt i mer än bara en systematisering av rättsregler och rättsprinciper (se avsnitt 3.3.1 och 3.3.2).

¹²³ Tolonen, 2003 s. 286.

¹²⁴ Jfr Tuori: ”What law-making produces are individual regulations, which have to be interpreted and whose location in the systematics of the legal order have to be worked out, before they can fulfil their task in society.” (Tuori, 2002 s. 137).

Fig. 4



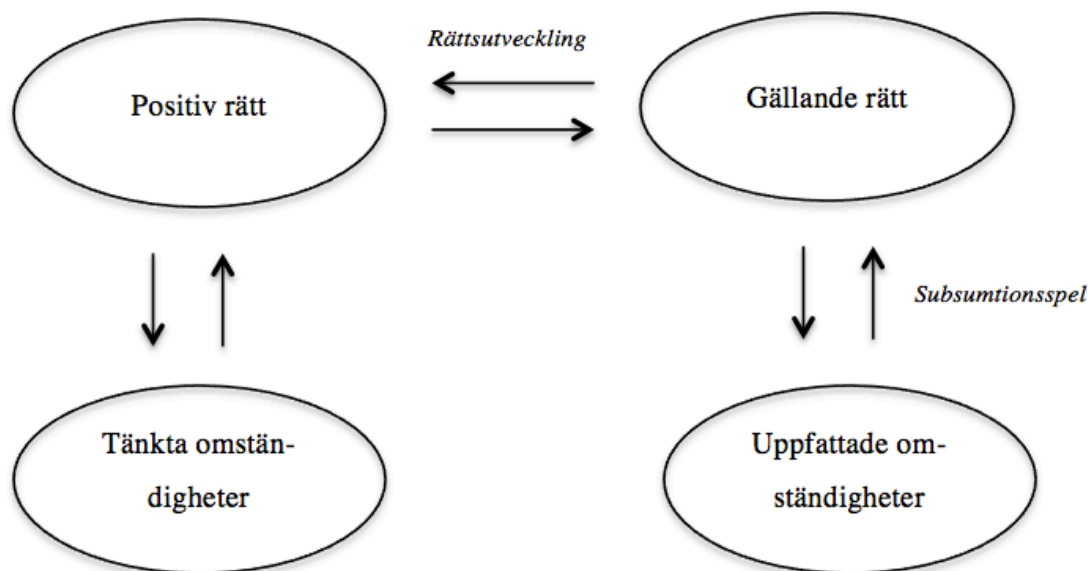
Givet distinktionen ovan kan ett samband i form av ett växelspel mellan positiv rätt och gällande rätt skönjas; när den positiva rätten tolkas i förhållande till specifika omständigheter uppstår gällande rätt. Denna gällande rätt blir en del av den positiva rätten, det vill säga studieobjektet för hur nya specifika omständigheter rättsligt ska förstås.¹²⁵ I den mån inte tidigare tänkta omständigheter tillmäts betydelse vid fastställande av gällande rätt samt i den mån denna gällande rätt ges betydelse för den positiva rätten har rättslig utveckling uppstått. I en renodlad subsumtion där den gällande rätten fastställs på ett deskriptivt sätt uppstår ingen rättsutveckling. Rättsutveckling i den bemärkelse som jag vill göra gällande skulle närmast kunna karakteriseras såsom en oren subsumtion, det vill säga att en i den positiva rätten icke tidigare påtänkt omständighet används som omständighet för tillskapande (eller förändring) av ett abstrakt rättsfakta – därigenom uppstår en *värderande transformation*¹²⁶ av abstrakt rättsfakta i förhållande till konkreta rättsfaktum. Detta fenomen, att ett abstrakt rättsfakta ges en ny eller förändrad innebörd i rättstillämpningen – för att vara applicerbar på nya omständigheter –, betecknar jag nedan som den första delen i ett *subsumtionsspel* (vilket leder mot rättslig utveckling). Det handlar alltså om att den gällande rätten anpassar sig till de uppfattade omständigheterna i en process. Den andra delen i subsumtionsspelet, som beskrivits i den utvecklade problem-

¹²⁵ Idéerna om rättens innehåll överförs till det idésystem som utgör den positiva rätten genom praktiskt handlande. (Svensson, 1997 s. 286).

¹²⁶ Vilket f.ö. kommer vara det begrepp som används i uppsatsen.

formuleringen i föregående avsnitt, är omständigheters benägenhet att anpassa sig till rätten. Det vill säga att omständigheter sorteras efter rättslig relevans (omständigheter för-rättsligas).

Fig. 5



Subsumtionsspelet och den vidare gången mot den positiva rätten utgör en (av flera)¹²⁷ avgränsande faktor(er) mot det 'utomrättsliga'. Det är den positiva rättens öppenhet som ska undersökas med hjälp av den teoretiska modellen och utredningen i detta och nästkommande kapitel.

Nedan följer en systematisering som i tur och ordning berör följande frågor. Vilka beslut har kapacitet att leda till rättslig utveckling? – Var har rättslig utveckling potential att ske? – Vilka hinder finns mot att rättsliga beslut med kapacitet till rättslig utveckling fattas? – Vilka hinder finns mot att omständigheter tar sig till den plats i rättsordningen där rättslig utveckling har potential att ske?

¹²⁷ Min uppsats berör *processens* möte med det utomrättsliga, det finns ju såklart fler öppningar som inte vidare berörs i denna uppsats. Myndigheters beslutsfattande, doktrinen argumentering, människors handlande o.s.v.

3.3.2 *Beslut med kapacitet att leda till rättslig utveckling – fyra typer*

Inom rättsvetenskapen görs ofta en indelning av rättsligt beslutsfattande i s.k. lätta och svåra fall. Jag kommer i denna uppsats att dela in det rättsliga beslutsfattandet på ett liknande sätt, men istället för begreppen lätta och svåra fall kategoriserar jag beslut som bestående i fyra nivåer. Indelningen används av Minna Gräns i boken *Decisio Juris*.¹²⁸ I sitt arbete utforskar Gräns möjligheten att med kognitionspsykologisk forskning förstå och förklara det rättsliga beslutsfattandet. Gräns menar att det juridiska beslutsfattandet – det vill säga fastställandet av gällande rätt – är påverkat av kognitionspsykologiska mekanismer; vilka i korthet kan sägas utgöras av processer i två parallella och konkurrerande tankesystem, ett analytiskt och ett intuitivt.¹²⁹ Jag vill mena att det för en teori om rättslig utveckling är av avgörande betydelse att ha förståelse för hur dessa mekanismer inverkar på det rättsliga beslutsfattandet eftersom det kommer ha påverkan på det subsumtionsspel som jag beskrivit ovan. De rättsliga beslutsnivåer som presenteras nedan har sin grund i en kognitionspsykologisk uppfattning om hur beslutsprocesser går till på generell basis,¹³⁰ men har formulerats för att bättre passa in i det rättsliga beslutsfattandet. Det är viktigt att påpeka att domare i allmänhet inte är medvetna om den kognitiva process som sker vid rättsligt beslutsfattande.¹³¹

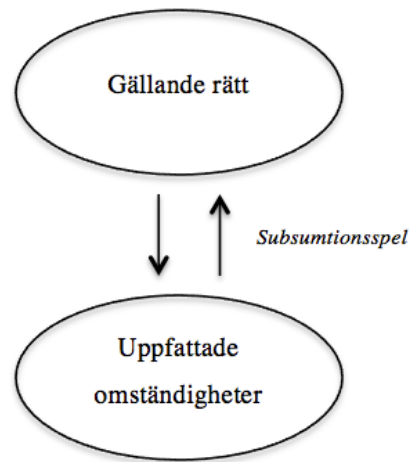


Fig. 6

Beslutsnivå 1 omfattar rutinmässiga beslut där ingen ny prioriteringsbedömning mellan olika beslutsalternativ eller bakomliggande syften och värderingar behöver göras. Hit hör enkla subsumtionsfall där besluten fattas så gott som automatiskt och rutinmässigt.¹³²

¹²⁸ Gräns, 2013.

¹²⁹ Dessa presenteras mer ingående nedan i avsnitt 3.4.1.

¹³⁰ Gräns, 2013 s. 82ff med däri gjorda hänvisningar.

¹³¹ Simon, 1998-1999 s. 21.

¹³² Gräns, 2013 s. 122.

På *beslutsnivå 2* sker beslutsfattandet på grund av förutbestämda, stereotypiska och statistiska kriterier; sådana som de flesta rättsregler består av. Hit hör även beslutsfattande som sker på grund av etablerade principer och beslutskriterier som uppställts i doktrin och praxis – det vill säga rättsnormer i den positiva rätten. Liksom sådana generella metaregler som används för att klargöra vilket beslutsalternativ som bör väljas då oklarhet uppstår – exempelvis principerna *in dubio pro reo* och *lex specialis*. I korthet kan om beslut på nivå 2 sägas att fördelar och nackdelar inte behöver jämföras mellan olika beslutsalternativ.¹³³ Domaren väljer, med hjälp av juridisk metod, en rättsregel ur den positiva rätten och tillämpar den på problemet.

Beslutsnivå 3 och 4 tillhör den typ av rättsligt beslutsfattande som hänförs till s.k. svåra fall.¹³⁴ På *beslutsnivå 3* är beslutsfattandet alternativfokuserat. Det handlar på denna nivå om ändamåls-, intresse- och/eller värdekonflikter mellan olika beslutsalternativ – och att välja något av dem. Detta i kombination med att de olika alternativen ofta har såväl positiva som negativa aspekter förknippade till sig, tillika aspekter som dessutom inte sällan är svåra att sätta i relation till varandra.¹³⁵

När det kommer till *beslutsnivå 4* är problemet som domaren ställs inför helt nytt och öppet; helt nya beslutsalternativ måste således skapas, och därför blir beslutsprocessen betydligt mer komplicerad på nivå 4 i jämförelse med nivå 3. Detta leder till att beslutet är värderingsfokuserat; närmast att jämföra med ett strategiskt beslut.¹³⁶

Vilka typer av beslut har då möjlighet att leda till rättslig utveckling? Nivå 1 och 2 innefattar antingen rena subsumtionsfall eller sådana fall där den rättsliga delen av beslutet uppfattas som okomplicerad. Det leder till att det problematiska ur beslutshänseende i princip endast är vilka faktiska omständigheter som ska ges relevans. Eftersom beslutsnivå 1 och 2 inte påverkar den rättsliga uppfattningen – den positiva rätten hanteras här på ett statiskt sätt – leder de inte till rättslig utveckling. Återstår gör alltså beslutsnivå 3 och 4. Gemensamt för de båda nivåerna är att det inte endast är den del som utgörs av faktiska omständigheter som är osäker, utan även den rättsliga delen framstår som osä-

¹³³ Gräns, 2013 s. 122 f.

¹³⁴ Se Simon, 1998-1999 s. 19.

¹³⁵ Gräns, 2013 s. 123 f.

¹³⁶ Gräns, 2013 s. 123 f.

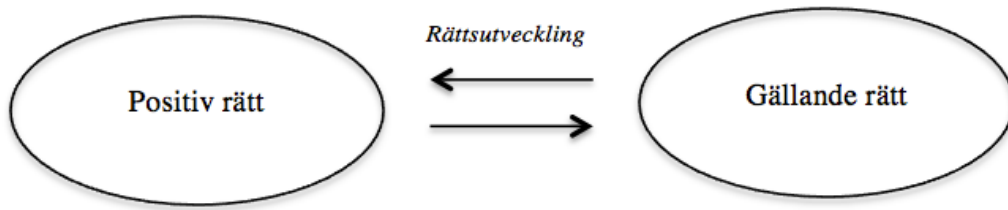
ker. Möjligheter till en värderande transformation – då den positiva rätten hanteras på ett dynamiskt sätt – finns alltså på båda dessa nivåer. På beslutsnivå 3 ställs två eller fler alternativ mot varandra och domaren måste välja något av dem med hänsyn till olika ändamåls-, intresse- och värdekonflikter. Domarens val kommer därför ha potential att bidra till rättslig utveckling. På beslutsnivå 4 skapar domaren i princip nya rättsliga lösningar på det faktiska problemet, och genom att väga dessa (skapade) lösningsalternativ mot varandra finner domaren det rättsliga beslutet. Även dessa beslut har således potential att leda till rättslig utveckling. Därmed är det beslut på nivå 3 och 4 som har möjlighet att leda till rättslig utveckling.

Härnäst undersöks *var* rättsliga beslut har möjlighet att leda till rättslig utveckling någonstans. Då detta är en rättsteoretisk uppsats med processrätten som forskningsområde avgränsar jag helt sonika frågan till att gälla *var i domstolsprocessen?* Det vill säga, när har ett gällande rättsbeslut *ad hoc* möjlighet att bli en del av den positiva rätten?

3.3.3 *Var rättslig utveckling har potential att ske* – transformationen från gällande rätt ad hoc till positiv rätt

En undersökning av detta slag tenderar lätt att bli hypotetisk, då frågeställningen leder in i ett teoretiskt resonemang. Å andra sidan synes uppfattningen om svaret på frågan inte variera allt för mycket i den rättsvetenskapliga doktrinen. Högsta domstolen är den instans som leder rättstillämpningen. Frågan som därför synes vara mer berättigad att ställa är, i vilken mån de andra instanserna har möjlighet att utveckla rätten. Härvidlag finns inget svar att hämta ur rättskällorna, och frågan måste därför, enligt min mening, besvaras med utgångspunkt i den rättsliga praktik som tillämpas i de olika instanserna. Den rättsliga praktiken kan avläsas på flera sätt. Jag har valt att undersöka hur domare i de olika instanserna bör komma att uppfatta sin roll mot bakgrund av hur den rättsliga rationaliteten ser ut. Det vill säga vad som är bestämmande för hur en domare bör agera inom den rättsliga diskursen.

Fig. 7



3.3.3.1 Rättslig rationalitet

För att vara en rättsstat anses rättsordningen enligt en traditionell mening behöva förankras i vissa grundläggande värden (rättsstatsvärden).¹³⁷ Två tydliga rättsstatsvärden är krav på *rättssäkerhet* samt upprätthållande av *allas likhet inför lagen*.¹³⁸ Gustafsson har sammanfattat begreppet rättssäkerhets konventionella innebörd enligt följande. Rättssäkerhet innebär:

”[...] att på rättslig väg skydda individen och dennes rättigheter genom att motverka eventuellt godtycke och skönsmässighet i rättsligt beslutsfattande. Detta innebär att besluten (rättstillämpningen) skall vara så beskaffade, att den enskilde därigenom har möjlighet att förutse konsekvenserna av det egna handlandet eller det rättsliga beslutet”.

Rättssäkerhetsbegreppet anses alltså innefatta krav på *förutsebarhet*. Utgångspunkten för detta är att rättstillämpningen ska vara utformad på ett sådant sätt att alla som ämnar utföra en viss handling ska kunna förutse konsekvenserna av den. I begreppet rättsstat anses, som ovan antytts, även finnas ett upprätthållande av *allas likhet inför lagen* – vilket också utgör en rättssäkerhetsgaranti. Principen får sitt uttryck i RF 1 kap 9 § där det bland annat stadgas att domstolar ska beakta allas likhet inför lagen. Principen ska garantera ett skydd mot godtycke och diskriminering vid den rättstillämpande verksamheten

¹³⁷ Se exempelvis Kleinemans uppfattning: ”Juridisk konfliktlösning är en samhällsväsentlig verksamhet – dock utan att tillhöra samhällsvetenskapen – som inte behöver anföra andra referensramar än dess självklara betydelse i en rättsstat. Väl utförda rättsdogmatiska undersökningar ökar rättssäkerheten och förutsebarheten i rättslivet, och även om doktrinen saknar självständig auktoritet och därmed inte kan beskyllas för att konkurrera med demokratiskt förankrade rättskällor som lagar och prejudikat, interagerar den juridiska litteraturen med övriga rättskällor och ökar därmed de övriga rättskällornas demokratiska legitimitet.” (Kleineman, 2013 s. 27).

¹³⁸ Se Peczenik, 1995a s. 11; Utöver dessa två värden har vissa även tillagt att rätten ska vara *etisk, moralisk* o.s.v., se exempelvis Peczenik, 1995b s. 97 f.

(därav inte vid utformningen av regler).¹³⁹ Med det avses exempelvis att två olika personer ska kunna förvänta sig samma rättsliga utfall om de utfört likadana handlingar.

För att upprätthålla lagens förutsebara och likabehandlande funktion anses krävas en enhetlig rättsordning, därför sker ofta rättsvetenskaplig forskning och rättslig tillämpning med den utgångspunkten att regler ska tolkas för att bidra till rättens enhet och koherens.

Begreppen – rättsstat och rättssäkerhet – kan relateras till Tuoris tre nivåer av rätten.¹⁴⁰ *Rättsstatsbegreppet* kan kopplas till djupstrukturen som består av de värden som den positiva rätten bygger på, däribland rättssäkerhet och likhet inför lagen. *Rättssäkerhetsbegreppet* – som mynnar ur rättsstatsbegreppet – som bland annat består i principen om förutsebarhet kan kopplas till rättskulturen. Vidare kan ur värdet om likhet inför lagen, principen om likabehandling härledas; även denna kan kopplas till rättskulturen. Dessa båda principer – förutsebarhet och likabehandling – motsvarar därför de bakomliggande principer som ytnivåns regler måste avläsas i ljuset av.¹⁴¹

Rättsstatsvärdena synes ibland inte bara vara grundläggande utan även oproblematiska och triviala inom rättsvetenskapen. Men då de befinner sig i rättens djupstruktur får de effekt på all rättslig tillämpning och tolkning. Vad innebär då detta för den gällande rätten och för dess möjligheter att ta sig in i den positiva rätten? Det korta svaret är att rättsstatsvärdena påverkar hur domaren uppfattar sin, och andra domares, roll – vilket också kommer påverka synen på instansordningen. För *det första* har rättsstatsvärdena påverkan på hur bunden en domare känner sig av tidigare domar. Ju högre kraven på likabehandling och förutsebarhet ställs desto mindre kan en domare döma efter eget skön – eller efter sin eget tagna reella hänsyn. Rättsstatsvärdena ställer alltså krav på domare att, utöver att tillämpa lagen också, ta hänsyn till tidigare rättsfall; om rättstillämpningen ska vara likabehandlande måste ju två olika domstolar döma lika i lika fall (och nästan lika i nästan lika fall). För att upprätthålla domstolarnas likabehandlande funktion finns därför överinstanser som uttolkar det rättsliga innehållet och gör det möjligt för underinstanserna att döma

¹³⁹ Bladini, 2013 s. 81.

¹⁴⁰ Se avsnitt 3.2 ovan.

¹⁴¹ Jfr även Luhman och Teubners teori där värdena kan anses utgöra de konstituerande elementen i rättssystemet.

lika.¹⁴² Detta medför *för det andra* att domare ges olika funktioner beroende på var i instansordningen de befinner sig. En tingsrättsdomare ska uppfatta sitt spelutrymme som mindre än ett justitieråd i högsta domstolen; hovrättsdomarens spelutrymme ska landa någonstans mellan de två omkringliggande instanserna.

3.3.3.2 Instansernas funktioner

Över tid har de olika instansernas uppgifter sett olika ut, vilket syns i flera uttalanden. Detta kan sägas styras av hur staten uppfattar sin roll i samhället, vilket påverkar rättsstatsvärdenas utformning i djupstrukturen som i sin tur verkar justificerande uppåt i rättsnivåer. 1947 fick en tingsrättsdomare kritik av JO för att denne inte följt ett tidigare hovrättsavgörande. Detta ledde till att riksdagen tog ställning för domaren; ett utskott uttryckte att ett uttalande från Högsta domstolen inte hade större tyngd än om det hade kommit från någon annan instans – med undantag för att deras kunskap kan tänkas vara större.¹⁴³ Genom åren har denna syn frångåtts och en utveckling mot en mer tydlig roll för Högsta domstolen och hovrätterna kan skönjas. Vid fullföljdsreformen 1971 uttalades att det inte finns anledning att anta att underinstanserna inte kommer följa Högsta domstolens avgöranden.¹⁴⁴ Vid översynen av rättegångsbalken 1986 konstaterades även en misstanke om att en stor del av rättsbildningen på en del rättsområden skedde genom hovrätterna,¹⁴⁵ samt att ”behovet av en kompletterande rättsbildning har ökat”.¹⁴⁶ I departementsserien *Hovrättsprocessen i framtiden* konstateras att hovrätterna har ett visst ansvar för rättsbildningen i samhället medan Högsta domstolen främst ska ägna sig åt prejudikatbildning.¹⁴⁷ Utöver det tycks Högsta domstolen de senaste åren ha intagit en mer rättsskapande roll.¹⁴⁸ Rättsstatsvärdena kan således över (senare) tid sägas ha förändrats i djupstrukturen. Det något märkliga i detta avseende är dock att dess betydelse å ena sidan kan sägas ha ökat i fråga om tingsrätternas funktion, å andra sidan kan dess betydelse sägas ha minskat vad gäller överrätterna.

¹⁴² Se exempelvis prop. 1971:45 s. 83 samt resonemanget i SOU 1986:1 s. 102 ff; se även Lindblom, 2000b s. 65 f.

¹⁴³ Se härom SOU 1986:1 s. 47.

¹⁴⁴ Prop. 1971:45 s. 92.

¹⁴⁵ SOU 1986:1 s. 50.

¹⁴⁶ SOU 1986:1 s. 64.

¹⁴⁷ Ds 2001:36 s. 68f; se även prop. 2004/05:131 s. 171 och SOU 2013:17 s. 573.

¹⁴⁸ Se bl. a. Munck, NJA 2014 s. 332; Munck, 2014 s. 187-198; Wersäll, SvJT 2014 s. 1; Se även uttalandet i motiven till den nya grundlagen, att ”[d]omstolarna har också rättsskapande uppgifter exempelvis genom de högsta domstolarnas roll som prejudikatinstanser.” (Prop. 2009/10:80 s. 126).

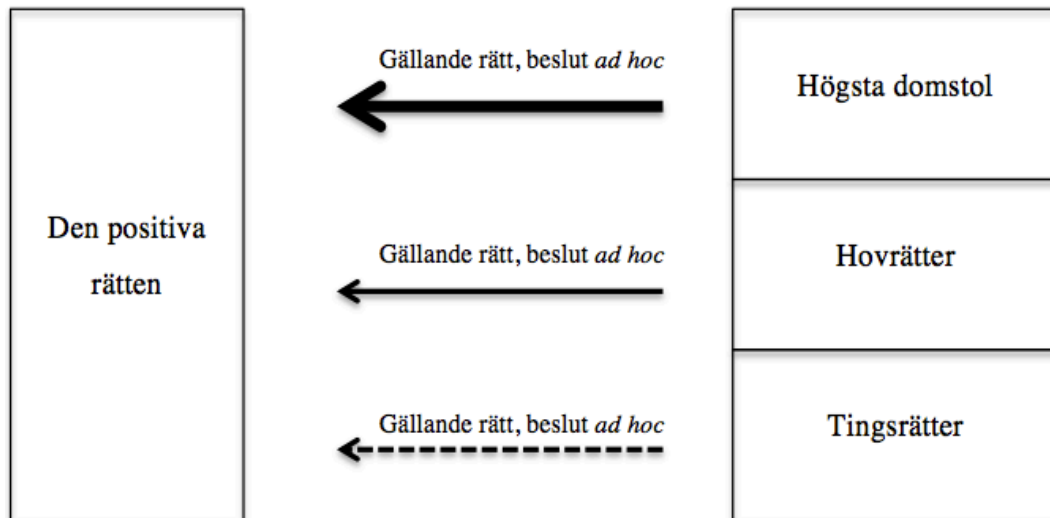
Fram träder, enligt min mening, en klarare bild av de olika instansernas funktioner. Högsta domstolen intar rollen som en tydligt rättsbildande, och i vissa fall även rätts-skapande, instans.¹⁴⁹ Hovrätternas roll är i första hand att överpröva tingsrätternas avgö-randen – i syfte att upprätthålla rättssäkerhet för individen – men även att ha en viss rättsbildande funktion. Tingsrätterna intar positionen i instansordningen dit tyngdpunk-ten för processen förläggs. Tingsrätterna ska i huvudsak vara tvistelösande.¹⁵⁰ Med hän-syn till kraven på förutsebarhet, enhetlighet och likabehandling (den rättsliga rational-iteten) samt med hänsyn till bl. a. ovan redovisade uttalanden, finner jag det därför rimligt att anta att domstolarnas undre instanser – i merparten av fallen – kommer följa de övre instansernas avgöranden. Mot denna bakgrund, och för fortsatt teoribildnings skull, kon-staterar jag att ett beslut om gällande rätt *ad hoc* kommer ha svårare att utveckla och bli en del av den positiva rätten ju längre ner i instansordningen det fattas.¹⁵¹

¹⁴⁹ För ytterligare argument härför se Welamson & Munck, 2011 s. 129-135. Se även prop. 1988/89:95 s. 32.

¹⁵⁰ Se Lindell, 2012 s. 27 f. Se även uttalandet i motiven till EMR-reformen: ”Att tvistefrågorna så långt möjligt kan lösas redan i första instans av en resursstark och kompetens tingsrätt bidrar till att stärka rättssäkerheten och öka tillgängligheten till domstolsprocessen.” (Prop. 2004/05:131 s. 82).

¹⁵¹ ”Annorlunda uttryckt: om omgivningen (andra system) förändras så måste dessa externa förhållan-den passera genom kretsloppets binära dikotomier och självrefererande begrepp, för att rättssystemet kog-nitivt överhuvudtaget skall förstå dem rättsligt och omvandla till normativa begrepp. Kommunikationen mellan systemen – via de strukturella kopplingarna – är med andra ord epistemologiska transaktioner som sker på rättssystemets premisser [...]. Beroende på vilken sorts extern påverkansfaktor som ’irriterar’ rätts-systemet kan det tränga olika långt in mot kretsloppet: det kan bedömas som en mindre viktig eller kontro-versiell fråga och landar därför i det periferia ytterområdet (såsom varande till exempel en ’rättspolitisk’ fråga): rättsvetandet stabiliseras, utan att rättssystemet behöver anpassas.” (Gustafsson, 2011 s. 44 f). På detta sätt upprätthålls rättssystemets koherenta och enhetliggörande funktion och systemet kan genom att välja sin egna (passande) bild av verkligheten upprätthålla krav på (rättslig) förutsebarhet och likabehand-ling.

Fig. 8

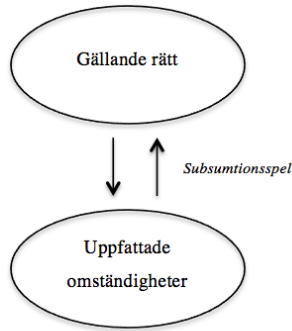


För den fortsatta teoribildningen kan även konstateras att de olika instanserna – bl.a. p.g.a. rättsstatsvärdena – uppfattar sina uppgifter på olika sätt – vilket också är avsikten med instansordningen. Tingsrättsdomaren bör känna sig mer bunden av tidigare rättsfall, och mindre fri att tillämpa reell hänsyn, än vad domaren i Högsta domstolen gör, (med begreppet reell hänsyn avser jag att beskriva ett förfarande där domstolen gör en konsekvensanalys av sin rättsliga lösning i förhållande till parterna och samhället i stort)¹⁵². Detta leder till att domarna i de olika instanserna befinner sig i olika rättsliga rum – eller diskurser om en så vill – som påverkas på *olika* sätt av rättsstatsvärdena. Vidare kan konstateras att instansernas differentierade funktioner uppställer olika behov i sina respektive verksamheter. Om Högsta domstolens funktion är att vara rätts-utvecklande/-bildande är den i behov av att få andra omständigheter presenterade för sig än vad tingsrätterna är i behov av – särskilt eftersom tingsrätterna i huvudsak ska vara konfliktlösande med upprätthållande av lagens förutsebara och likabehandlande funktion. Tingsrätterna kommer att ha mindre svårt att vara likabehandlande om de presenteras för omständigheter som har potential att leda till beslut på nivå 1 och 2. Högsta domstolen kommer i sin tur ha mindre svårt att vara rättsbildande och rättsutvecklande om den presenteras för omständigheter med potential till beslut på nivå 3 och 4. Vad detta kan ha för effekter behandlas vidare i följande avsnitt.

¹⁵² Se härom not 8.

3.4 Subsumtionsspelet – *Hinder mot att rättsliga beslut med kapacitet till rättslig utveckling fattas*

Fig. 9



”För att i detta sammanhang ge den mest ekonomiska formuleringen av denna fråga skall jag tala om berättelsens och lagens *inställelse*, om att de inställer sig tillsammans och ser sig kallade till varandra: berättelsen, dvs. en viss typ av *redogörelse* åberopar sig på en den lag för vilken den redogör och infinner sig i och med detta hos lagen som infinner sig hos berättelsen. Och likväl ska vi se att ingenting egentligen framträder vid denna inställelse: och att detta står att läsa betyder inte att vi skulle få något bevis på det eller någon erfarenhet av det.”¹⁵³

3.4.1 Det rättsliga beslutet (gällande rätt *ad hoc*)

Det rättsliga beslutet anses i allmänhet ske i mötet mellan åberopade omständigheter och uppfattningen om den gällande rätten.¹⁵⁴ Denna uppfattning kan dock nyanseras. Bland annat har Alf Ross uttryckt en viss skepsis kring denna uppfattning:

”I virkeligheden, siges det, træffer dommeren sin afgørelse dels efter følelsesmæssige indskydelser, dels ud fra praktiske formål og hensyn. Når konklusionen står fast, finder han bagefter en passende retsideologisk argumentation til legitimisation af afgørelsen.”¹⁵⁵

Alf Ross synes alltså ha sett en skillnad mellan vad som ligger till grund för det rättsliga beslutet och vad som motiverar det rättsliga beslutet.¹⁵⁶ Det är denna eventuella skillnad som ska beröras i det följande.¹⁵⁷

Enligt Gräns kan det rättsliga beslutet analyseras på två sätt; antingen med utgångspunkt i *context of discovery* eller med utgångspunkt i *context of justification*. Jag vill mena att Gräns

¹⁵³ Derrida, 2007 s. 191.

¹⁵⁴ Se Lindell, 2012 s. 49.

¹⁵⁵ Ross, 1953 s. 57, genom Glavå & Petrusson, 2007.

¹⁵⁶ Pålsson bekräftar denna bild. ”Det kan egentligen tyckas vara en smula förmätet, om man på grundval av juridisk terminologi och begreppsapparat gör anspråk på att närmare kunna beskriva hur det mänskliga beslutsfattandet går till.” (Pålsson, 1998).

¹⁵⁷ ”Om det overhovedet er muligt at nå frem til virkelig forståelse af, hvad der sker, og til forudsigelse af udfaldet af retstvister, udkræves hertil studier af en anden art end de retsvidenskabelige.” (Alf Ross, 1953 s. 57 f). Må så vara!

synsätt kan tjäna till att förstå det mänskliga kognitiva systemets autonomi å ena sidan och det rättsliga systemets autonomi å den andra. Gräns menar att context of discovery bäst analyseras med hjälp av kognitionspsykologisk teoribildning, medan context of justification motsvaras av rättsvetenskapens koherenssökande teorier. I syfte att bättre förstå hur beslut om gällande rätt *ad hoc* kan utveckla den positiva rätten och bli en del av den samma, berörs nedan båda dessa sätt att analysera rättsliga beslut. Till det anknyts sedan ett rent rättsligt sätt att motivera och analysera beslut. Min presentation av det rättsliga beslutsfattandet skiljer sig något från Gräns syn på det. Jag kommer arbeta med de tre begreppen context of discovery, context of justification och rättslig systemrationalitet. Dessa tre begrepp ska hållas isär; de två förra kan sägas motsvara vad som vanligtvis benämns som *process of discovery* medan det senare kan kategoriseras under begreppet *process of justification*.

3.4.1.1 Tre typer av rationalitet vid rättsligt beslutsfattande

Enligt kognitionspsykologisk forskning sker allt beslutsfattande i ett samspel mellan två kognitiva system; ett intuitivt och ett analytiskt system. Det analytiska systemet är systeminternt rationellt medan det intuitiva systemet i huvudsak förser det analytiska systemet med information. Dessa olika systems samspel med varandra beskrivs med hjälp av s.k. dual-process-modeller.¹⁵⁸ I sådana modeller beskrivs det intuitiva systemet som snabbt, automatiskt, associativt, i låg grad ansträngningskrävande (eller inte alls) och svårt att avsiktligt kontrollera.¹⁵⁹ Det analytiska systemet i sin tur beskrivs som långsammare, analytiskt med serieliknande processer, ansträngningskrävande, avsiktligt kontrollerande, relativt flexibelt och potentiellt regelstyrt.¹⁶⁰

Systemen har två olika rationalitetstyper inneboende i sig. Det intuitiva systemet används primärt för att uppnå mål, medan det analytiska systemet primärt används reflekterande

¹⁵⁸ Gräns, 2013 s. 65.

¹⁵⁹ De intuitiva beslutsprocessernas relevans kan belysas med Benjamin Libets undersökningar som syftade till att undersöka tidpunkten för när ett medvetet beslut fattas. Han konstaterade att hjärnaktiviteten som förberedde en viss muskelrörelse påbörjades ca en sekund innan kroppsdelen faktiskt rörde sig; i sammanhanget mycket längre tid än vad som krävs för att medvetet bestämma sig för att röra en kroppsdelen och att sedan faktiskt utföra rörelsen. Iakttagelsen talar för att det medvetna beslutet att röra en kroppsdelen fattas efter det att hjärnan påbörjat arbetet med rörelsen. (Se Pahlsson, 1998). Vårt medvetna beslut skulle med detta i åtanke kunna sägas bestå i att fortsätta eller avbryta redan påbörjade operationer.

¹⁶⁰ Gräns, 2013 s. 65f.

för att försäkra sig om att slutsatser överensstämmer med en normativ teori. En person som flera gånger fattat ett beslut angående en viss typ av problem kan bygga upp en intuitiv förmåga att analysera problemet – exempel på det kan vara en domares rutinmässiga rättsliga analyser.¹⁶¹

De två systemen har helt olika tanke- och slutledningsresurser men interagerar ändå med varandra; dels genom att samarbeta men dels även genom att konkurrera med varandra. Vidare är det analytiska systemet endast kapabelt att ta in ett fåtal intryck samtidigt, vilket innebär att det blir som en slags flaskhals. Det intuitiva systemet å sin sida är robust och kan ta in en mängd intryck samtidigt, dess problem är att den upptagna informationen blir omedveten och således inte medvetet bearbetad inför beslutsfattandet. Detta innebär att människor kan upprätthålla två olika, motstridiga, åsikter inom sig parallellt. Gräns menar dock att dessa kognitiva dissonanser mellan systemen ofta jämkas samman i syfte att uppnå koherens – s.k. reflektivt equilibrium.¹⁶² Eftersom det intuitiva systemet agerar snabbare än det analytiska systemet, och då de analytiska systemet konkurrerar om att ta kontrollen över responsen på bedömningen, kommer den analytiska bedömningen ofta bli förankrad i det ursprungliga intuitiva intrycket trots att personen valt att tänka analytiskt. Det innebär att det analytiska systemet ofta används för att rättfärdiga den intuitiva impulsen.¹⁶³

3.4.1.1.1 Kognitiv systemrationalitet (context of discovery)

Människan har en implicit förmåga att handla och agera i olika sammanhang trots att den information som bedömningar måste grundas på är komplex och osäker. När så sker visar kognitionspsykologisk forskning att hon använder sig av s.k. heuristiker (vilka förenklat kan sägas motsvara erfarenhetsbaserade intuitiva tumregler).¹⁶⁴ När människan tänker på hur hon ska lösa ett problem används dels interna mentala processer, dels extern information. Heuristiska metoder används för att bestämma vilken typ av information och

¹⁶¹ Trots att det intuitiva systemet är mer primitivt än det analytiska systemet innebär det inte att något av systemen har sämre förmåga än det andra; exempelvis kan särskilt komplexa beslut ofta uppstå i det analytiska systemet och sedan förflytta sig till det intuitiva systemet, se Gräns, 2013 s. 66.

¹⁶² Gräns, 2013 s. 68f.

¹⁶³ Gräns, 2013 s. 69.

¹⁶⁴ Gräns, 2013 s. 117. Heuristiker kan härmed sägas bestå i de värden som skapar en bunden rationalitet med hjälp av vilken människan insamlar information till ett beslut, beslutar med hjälp av, samt kontrollerar sitt beslut mot.

hur mycket information som bör inhämtas från externa källor för att lösa olika typer av problem; dessa processer är till stor del intuitiva;¹⁶⁵ (ser jag en person som sover eller ser jag en person som är död? av erfarenhet konstaterar det intuitiva systemet omedelbart att en person på en filt i en park endast sover). Den kognition som bildas med heuristiker kallas implicit kognition,¹⁶⁶ vilket är en viktig funktion som gör det möjligt för människor att avgränsa kognitionen till de delar i samhället och livet som har betydelse för dem – avgränsningen skapar en kontext inom vilken begränsad rationalitet är möjlig.¹⁶⁷ Olika kontexter ställer således upp olika bundna rationaliteter som är styrande för de heuristiska metoderna. Eftersom en stor del av processen vid implicit kognition sker undermedvetet är det inte möjligt för beslutsfattaren att i efterhand uttömmande återge hur denne gjort sin bedömning,¹⁶⁸ men processen är ändå betydande för vilket material beslutsfattaren kan utgå från när denne prövar sitt beslut. Det är denna del som avses med *context of discovery*.¹⁶⁹ Informationen som beslutsfattaren inhämtat genom sin implicita kognition mynnar vanligtvis ut i en känsla (*en hunch*) om vad som är det riktiga utfallet. Eftersom informationen som har inhämtats är sorterad med utgångspunkt i beslutsfattarens heuristiker skapas en *kognitiv dissonans* mot den reala information som har kommunicerats – beslutsfattaren skapar *sin* bild av vad informationen består i.

Processen som bygger på heuristiker kan jämföras med Luhmanns teori om operationell slutenhet och kognitiv öppenhet. Heuristiker bygger på interna mentala processer samt extern information, d.v.s. självreferens eller extern referens (kognitiv öppenhet). Referenserna är i sin tur direkt beroende av vilken information det intuitiva systemet 'tror sig' behöva – dess heuristiker – för att ett beslut ska kunna fattas, d.v.s. autonom sortering av information som relevant och icke-relevant (operationell slutenhet).

¹⁶⁵ Gräns, 2013 s. 61.

¹⁶⁶ Forskning har även visat att sådan kognition (begränsad rationalitet) ofta kan vara bättre än den som uppnås med hjälp av olika komplicerade, aritmetiska optimeringsmetoder. Se härom Gräns, 2013 s. 117.

¹⁶⁷ Gräns, 2013 s. 57 f.

¹⁶⁸ Gräns, 2013 s. 117

¹⁶⁹ Jfr Lindell som dock menar att denna process "[...] inte bör ske enbart intuitivt utan också med hjälp av en rationell diskurs". (Lindell, 2012 s. 99).

3.4.1.1.2 *Normativ systemrationalitet (context of justification)*

Även om en beslutsfattare inte kan återge vad som ligger bakom ett beslut innebär det inte att beslutsfattaren inte försöker; tvärtom! Genom att reflektera över det preliminära beslutet som har fattats (*bunchen*) undersöks om det har fattats på goda grunder. Här avses att det preliminära beslutet kontrolleras mot beslutsfattarens bild av vad som i allmänhet är riktigt i en liknande situation; det vill säga, det kontrolleras mot beslutsfattarens ideal. När så sker kommer beslutsfattaren antingen till en slutsats som bekräftar att beslutet varit 'riktigt' eller så uppstår tvivel kring riktigheten av den tidigare tanken. Om tvivel uppstår startar en rationaliseringsprocess i syfte att omvärdera beslutet, med en strävan att nå ett s.k. reflektivt equilibrium – det vill säga ett tillstånd då den intuitiva processen och den analytiska processen har nått tillräckligt lika resultat.¹⁷⁰ Denna process utgår från tidigare heuristiker och tidigare preliminär intuitivholistisk uppfattning¹⁷¹ om den riktiga lösningen. Processen kan vara sekventiell och dialektisk – d.v.s. väga argument för och emot olika alternativ i en utvärderande process – men kan minst lika ofta vara holistisk och dubbelriktad – d.v.s. att de två systemen samverkar i syfte att nå en helhetslösning.¹⁷² Detta, att beslutsfattaren kontrollerar riktigheten i det preliminära beslutet, väljer jag att benämna *context of justification*.¹⁷³ Processens syfte är att kontrollera den föregående intuitiva bedömningen mot en normativ teori. Den normativa teori som beslutsfattaren kontrollerar sin preliminära bedömning mot, kan sägas motsvaras av beslutsfattarens 'ideal'. Det vill säga den uppfattning som beslutsfattaren har om vad som är gott och riktigt i olika sammanhang. Den samlade processen, *context of discovery* och *context of justification*, sammanfaller, enligt min mening, med det mer gängse begreppet *process of discovery*.

¹⁷⁰ Gräns, 2013 s. 118.

¹⁷¹ D.v.s. den intuitiva helhetsbild som beslutsfattaren skapat.

¹⁷² Gräns, 2013 s. 117 f.

¹⁷³ Se även Lindell som menar att efter probleminventeringen (*context of discovery*) återstår argumenteringen (*context of justification*). Även Lindell särhåller således *context of discovery* från *context of justification* och han menar att det förra i hög grad sker intuitivt medan det senare sker genom en medveten process där argument ställs upp och vägs *för* eller *emot* olika alternativ. Lindell, 2012 s. 99 f.

3.4.1.1.3 Rättslig systemrationalitet

En sekventiell och dialektisk process är även vad som ligger till grund för en domares domsskrivning.¹⁷⁴ Detta är också vad som generellt utmärker rättsvetenskapspersoners sätt att analysera rättsfall.¹⁷⁵ Tolkningsoperationen som görs antas slutföras genom en successiv process av frågor och svar under vilken argument för och emot olika alternativ presenteras. Den rättsliga lösningen kan endast vara rätt i juridisk mening om den förhåller sig på ett koherent sätt till rättssystemet i övrigt.¹⁷⁶

Den rättsliga rationaliteten bygger på att kunskap om rättens innehåll står att finna inifrån rättssystemets perspektiv.¹⁷⁷ Därför sker det rättsliga beslutsfattandet genom att tillämpliga normer hämtas ur formella rättskällor.¹⁷⁸ På vilket sätt det görs kan sägas avgöras av hur domarprofessionens praktik ser ut.¹⁷⁹ Denna styrs av de interna antaganden, uppförandekoder och självrtäddigande värderingar som finns inom praktiken, vilka i sin tur formas av tradition, utbildning och yrkesmässigt beteende.¹⁸⁰ Slutligen formas domarens rättsliga beslutsfattande av domarnas internaliserande av rätten. Med det avses domarens

¹⁷⁴ Se Gräns som dock menar att det även finns rättsvetenskaplig forskning som beskriver ett förfarande som är mer förenligt med den kognitionspsykologiska forskningen. Gräns menar vidare att tydliga tecken på att implicit kognition som tar hänsyn till mer utomrättsliga bedömningsgrunder har skett, är när domsmotiveringen ensidigt tar upp skäl *för* en viss regeltillämpning; det vill säga när skäl *mot* en viss tillämpning utelämnas. Gräns, 2013 s 116.

¹⁷⁵ Gräns menar att rättsvetenskapens sätt att analysera rättsfall enligt Aarnio, Peczenik och Tuori går ut på att eftersöka koherens i rättssystemet. Den rättsdogmatiska metod som domaren förutsätts använda görs genom att en tolkningssats motiveras eller rättfärdigas utifrån den gällande rätten samtidigt som densamma är den bäst motiverade ur systematiskt hänseende; därtill ska rättskälleläran efterföljas korrekt, tillika alla tolkningsprinciper samt en korrekt värdering av bakomliggande intressen, såsom rättssäkerhetsintressen o.s.v.; och slutligen ska då två tolkningssatser är lika undersökas "(1) vilka argument som accepteras som del av den satsmängd som ger stöd för [båda tolkningssatserna. D.J.], (2) vilket materiellt innehåll som dessa argument består av, dvs. vilket värdesystem som rättfärdigandet grundar sig på (t.ex. avtalsfrihet bör gynnas [...]) och (3) hurdan relation, dvs. vilken vikt, olika argument har till varandra (Gräns, 2013 s. 151 med däri gjorda hänvisningar). Se även Gräns, 2013 s. 116.

¹⁷⁶ Gräns, 2013 s. 151 med däri gjorda hänvisningar.

¹⁷⁷ Gräns, 2013 s. 33.

¹⁷⁸ "Rätten utgör för den traditionella rättsdogmatiken ett icke ifrågasatt objekt vid studiet av 'gällande rätt.' Rättens egenskaper och grundbegrepp är redan förutsatta antaganden i den juridiska världsbilden eller rättsvetandet och som – heter det – inte utan vidare kan, bör eller får ifrågasättas, med mindre starka skäl talar för detta." (Gustafsson, 2011 s. 32 not 27).

¹⁷⁹ Exempelvis får "juriststudenten [...] lära sig, att vad som *existerar*, vad som *finns tillgängligt*, för juridiken, är det positivrättsliga materialets rättsregler och lagrum: där rätten uppfattas som ett *objekt* eller som ett *objektivt faktum* – en slags *rättslig existentialism*. [...] En rättsdogmatik som i första rummet sätter en *praktisk juridisk metod* vägleads av detta icke-ifrågasatta objekt." (Gustafsson, 2011 s. 32 not 27).

¹⁸⁰ Ställvik, 2009 s. 41.

tro och övertygelse på vad den utför.¹⁸¹ Domarens sätt att hantera rättsfrågor kan således sägas styras av den diskurs, eller det sociala fält, som domaren verkar inom. Robert Pålsson har, angående sättet varpå jurister finner kunskap om rätten, uttryckt att ”idén om att det alltid finns ett enda korrekt svar på en juridisk fråga, och att detta svar praktiskt taget kan deduceras fram med hjälp av en korrekt användning av rättsskälsläran lever kvar hos många”.¹⁸² Bladini menar i sin tur att detta möjliggörs genom en föreställning om rätten dels som ett objektivt och neutralt system med därtill hörande neutral rättslig argumentation, dels som ett autonomt system med en snäv rättsskälslära, dels genom en föreställning om rättslig tolkning som en strävan efter normativ koherens med en föreställning om rätten som grundad i rationalitet utan koppling till känslor.¹⁸³ Olof Stållvik har i en studie av domarrollen konstaterat att domaren har ”en möjligen överdriven lojalitet gentemot statsmakten”.¹⁸⁴ Denna slutsats drar Stållvik efter att, via intervjuenkäter, ha undersökt bland annat domares sätt att hantera rättsliga problem. Stållvik konstaterar att domaren möjligen har en osjälvständig och okritisk inställning till lagstiftningen.¹⁸⁵

Mer än så förmås inte inom ramen för denna uppsats undersökas på vilket sätt domare finner kunskap om rättsliga frågor. Istället tar jag fasta på att sättet kunskap hämtas på kommer styras av den diskurs som domaren befinner sig i, vilken i sin tur (bland annat) kommer styras av det samlade beteendet inom den aktuella praktiken. Detta bör givetvis variera mellan instanserna då, som ovan anförts, deras funktioner varierar (de bildar olika (sub)diskurser). Tingsrättsdomaren kommer finna kunskap om rätten på ett mer rättsskälbundet sätt än vad de högre instanserna gör. En utgångspunkt för hur kunskap om rätten hämtas kan ges av Håkan Hydén. Han menar att en normrationell modell för att hämta kunskap om rätten i huvudsak används av domare. En sådan modell utgår från att rättsliga beslut fattas genom att regler tillämpas på föreliggande fakta. Detta utförs i en subsumtionsprocess där fakta subsumeras under regeln (den positiva rätten) som i sin tur innehåller svaret på hur ett problem ska lösas.¹⁸⁶ Detta, hur domare rättfärdigar sin rättsliga lösning med hjälp av den rättsliga systemrationaliteten, sammanfaller, enligt min mening, med det mer gängse begreppet *process of justification*.

¹⁸¹ Stållvik, 2009 s. 41. Jfr även Mouffe, 2013 s. 60 ff.

¹⁸² Pålsson, 2005 s. 27 f.

¹⁸³ Bladini, 2013, s. 35 f.

¹⁸⁴ Stållvik, 2009 s. 236.

¹⁸⁵ Stållvik, 2009 s. 231.

¹⁸⁶ Hydén, 1984 s. 12.

3.4.1.2 Kommentarer kring det rättsliga beslutet

Kognitionspsykologisk forskning pekar på att beslutfattande utförs i en dubbelriktad process där olika argument givetvis påverkar vilket beslutsalternativ som väljs, men även där valet av beslutsalternativ påverkar de sätt på vilka de olika argumenten väljs ut och bedöms.¹⁸⁷ Detta visar på en grundläggande strukturell skillnad mellan kognitionspsykologisk forskning och den rättsvetenskapliga synen på hur rättsliga beslut fattas. Å ena sidan väljer domaren enligt kognitionspsykologin, relativt tidigt ett preliminärt beslutsalternativ som grundas i en mer eller mindre intuitiv och holistisk bedömning;¹⁸⁸ först senare utförs en analytisk process som syftar till att kontrollera rimligheten i den tidigare bedömningen – den senare processen påverkas av det preliminära valet.¹⁸⁹ Det rättsliga beslutsfattandet enligt rättsvetenskapen å andra sidan, ”präglas av strävan efter systemintern koherens och betonar att objektivitet uppnås genom att beslutsfattaren genomför en dialektisk *all-inclusive*, analytisk och enkelriktad argumentationsprocess under vilken alla argument för och mot olika tolkningsalternativ successivt och systematiskt prövas mot varandra”.¹⁹⁰ Detta menar Gräns inte återspeglas av domstolarnas sätt att skriva domar; snarare synes i domskälen den dubbelriktade kognitiva processen användas.¹⁹¹ Domaren tycks, enligt Gräns, relativt tidigt i processen bestämma sig för ett preliminärt beslutsalternativ, ofta på grundval av ett eller ett fåtal kriterier,¹⁹² utifrån en intuitivholistisk bedömning.¹⁹³ Efter att ett preliminärt och lovande beslutsalternativ har valts påbörjas en

¹⁸⁷ Gräns, 2013 s. 120 f.

¹⁸⁸ Detta stöds på sina håll även inom rättsvetenskapen! Se exempelvis Nordh, 2013.

¹⁸⁹ Gräns, 2013 s. 121. Lindell belyser detta förhållande genom en fiktiv dialog mellan en Läromästare och dennes Adept, där Läromästaren avslöjar en ’hemlighet’: ”När jag löser komplicerade processrättsliga problem bestämmer jag mig först preliminärt för vilket resultat jag tycker är det bästa, alltså låter jag konsekvenserna av ett avgörande få bestämma utgången i stora drag. Sedan kontrollerar jag om lösningen kan föras med juridiskt godtagbara, helst mycket goda, argument. Det ni får lära er är motsatsen, att man jämför rättsfakta med regeln, gör en så kallad subsumtion, och sedan kommer fram till resultatet. Även domare gör på samma sätt som jag. Men det är en tyst överenskommelse mellan de professionella aktörerna på spelplanen att slå vakt om illusionen att det finns en gällande rätt som objektivt fastställs med användningen av vissa rättsvetenskapliga metoder”. (Lindell, 2007 s. 9)

¹⁹⁰ Gräns, 2013 s. 152.

¹⁹¹ Gräns, 2013 s. 152.

¹⁹² Gräns, 2013 s. 152.

¹⁹³ Se även Pålsson som tycks dela en sådan uppfattning: ”Är det kanske istället så, att rättsliga bedömningar är som att lägga ett pussel, där bitar hämtas såväl ur rättskällorna som ur exempelvis vårt för dagen goda eller dåliga humör? Redan när ett mindre antal pusselbitar finns på plats kan vi skönja resultatet av vår intellektuella operation. De bitar som därefter tillkommer förstärker i normalfallet bara den uppfattning som är etablerad i sinnet.” (Pålsson, SN 1998 s. 541).

analytisk rationaliseringsprocess som styrs av domarens strävan efter koherens mellan det preliminära beslutet och dennes normativa uppfattning om vad som är riktigt; i den normativa uppfattningen ryms domarens uppfattning om vad som är det rättsligt riktiga, men även dennes övriga uppfattningar om vad som är normativt riktigt.

3.4.1.3 Den kognitionspsykologiska forskningens implikationer för subsumtions-spelet

Den bild av det rättsliga beslutet som jag påbörjat att beskriva ovan kan relateras till Torstein Eckhoffs och Nils Kristian Sundbys förklaringsmodell av det rättsliga beslutet. De menar att det rättsliga beslutsfattandet består av tre faser, *overveielse*, *standpunkt* och *begrunnelse*. Med standpunkt avser författarna ett ställningstagande för hur något bör eller inte bör vara. Med overveielse avses den psykologiska process som leder fram till en standpunkt. Och slutligen avses med begrunnelse det som skrivs för att förklara, försvara eller komplettera en standpunkt.¹⁹⁴ Overveiler skulle mot bakgrund av det ovan anförda kunna sägas bestå i implicit kognition av information som sorteras hos beslutsfattaren i syfte att komma till en standpunkt kring problemet (kognitiv rationalitet). Nästa steg i processen består i att beslutsfattaren prövar den mottagna datan mot sin uppfattning om hur saker bör eller inte bör vara, vilket leder ut i standpunkter (normativ rationalitet). Slutligen motiverar beslutsfattaren sina standpunkter genom sina begrunnelser, detta leder ut i en dom (rättslig rationalitet). I processen sker så kallade tillbakakopplingar vilket gör att beslutsfattaren, med nyvunnen insikt, kan återgå till ett tidigare steg i processen och börja om sitt resonerande i syfte att nå en bättre formulerad dom (reflektivt equilibrium).¹⁹⁵ Den kognitiva rationaliteten skulle alltså kunna kopplas till vad författarna benämner overveiler och den normativa rationaliteten skulle då kopplas till standpunkter. Slutligen skulle den rättsliga rationaliteten kunna kopplas till begreppet begrunnelser.

Av det ovan anförda kan subsumtionsspelet vidare indelas i två moment; dels i kognitiv och normativ rationalitet (kognitiv-normativ rationalitet), dels i rättslig rationalitet. I det förstnämnda momentet utgörs den övre delen i subsumtionsspelet – gällande rätt – av fler än enbart rättsliga element; hela domarens förförståelse kring vad som är 'riktigt' blir

¹⁹⁴ Eckhoff & Sundby, 1991 s. 157.

¹⁹⁵ Eckhoff & Sundby, 1991 s. 157-166.

i denna del relevant.¹⁹⁶ Domaren gör här sina överveielser och kommer till standpunkter. I det andra momentet kontrolleras/motiveras det första beslutet utifrån den rättsliga teorin, det vill säga vad som kan uppfattas som förenligt med gällande rätt i frågan (domaren utför sina begrundelser). Domarens heuristiker kommer i det första momentet grundas i dennes ideal i fråga om vad som är rätt och riktigt. I det andra momentet eftersöks stöd för den lösning som kommit ur den föregående processen.¹⁹⁷ Den positiva rätten samt domarens uppfattning om sin roll i rättssystemet blir härvidlag relevant.

Således sker subsumtionsspelet delvis genom en i varierande grad omedveten dubbelriktad process där omständigheter påverkar vad som ska bli det rättsliga utfallet. Subsumtionsspelet utförs också delvis genom en medveten process där det tidigare beslutet kontrolleras/motiveras mot den positiva rättens materiella innehåll.¹⁹⁸ Den första delen i subsumtionsspelet påverkar vilka omständigheter domaren värderar i den senare, kontrollerande/motiverande, processen.

Vad som kommer ur den normativa rationaliteten utgör den faktabas som kan behandlas i det rättsliga beslutet, och motsvarar därmed det som har möjlighet att bli en del av den positiva rätten. Det som tagits in genom den kognitiva processen men som inte förts vidare till den normativa processen stannar i domarens huvud. Luhmann och Teubners teorier skulle, som jag förstår dem, därför endast till viss del kunna ges generell bäring på det rättsliga beslutsfattandet. Luhmann menar dels att alla subsystem (även människans kognitiva system) är uppbyggda på ett liknande sätt som det rättsliga.¹⁹⁹ Dels menar Luhmann och Teubner att det rättsliga systemet inte är påverkat av andra system än sitt eget

¹⁹⁶ Förståelse av rättsliga beslut kan sägas formas i mötet mellan olika 'förståelsehorisonter'. Två av dessa tillhör parterna, och en tredje tillhör rätten (egentligen flera: en för varje domare); för att förståelse ska uppnås krävs en horisontsammansmältning. (Jivegård, 2014. Se även Svanaeus, 2009 s. 21 s.)

¹⁹⁷ Detta kan relateras till begreppsparen *process of discovery* och *process of justification*. Det senare avser rättfärdigandet av resultatet i den tidigare upptäckande och resonerande *process of discovery*. Strömholm menar att det säkerligen är en illusion att tro att domaren alltid skulle ha kommit fram till sitt avgörande på de grunder och i den argumentationsordning som kommer till uttryck i domskälen (*process of justification*). (Strömholm, 1991 s. 357 f). *Process of discovery* kan i denna mening sägas motsvara den kognitiva och normativa systemrationaliteten, och *process of justification* motsvaras enligt min mening av den rättsliga systemrationaliteten.

¹⁹⁸ Ross uttalar angående, vad jag har benämnt, den rättsliga rationaliteten (det vill säga domsmotiveringen) och källorna till rättslig kunskap, att det "er disse metoder så viseligt indrettet, at de aldrig pånøder sig, men kan udvælges efter behov. Det er icke dem der bestemmer resultatet, men resultatet der bestemmer dem." (Ross, 1953 s. 181).

¹⁹⁹ Se härom avsnitt 3.2 ovan.

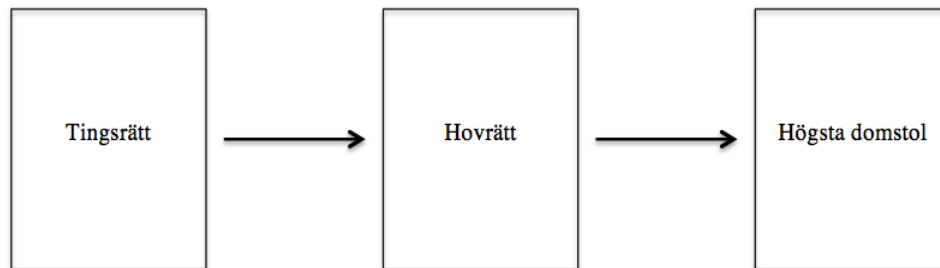
– med mindre än att systemet väljer ut vad som är relevant information. Dels menar de även att systemets processer sker genom mänsklig kommunikation och därmed mänskligt beslutsfattande.²⁰⁰ Om det mänskliga kognitiva systemet är operationellt slutet (jämför normativt slutet) och kognitivt öppet – såsom Luhmann påstår att alla subsystem är – skulle dess processer kräva att det sker en rationalisering av omständigheter i termer av relevant/icke-relevant information när den potentiellt rättsliga informationen processas inom det *mänskliga* systemet. Därigenom skulle, som jag förstår det, den information som tillförs det *rättsliga* systemet vara beroende av vad som processas inom de *mänskliga* systemen; det skulle i sin tur kunna innebära att det rättsliga systemet inte är normativt(/operationellt) slutet (autonomt) utan tvärtom är beroende av sådana utomrättsliga faktorer som påverkat domaren i dennes kognitiv-normativa processer. Viss bäring skulle, enligt min mening, deras teori dock ändå kunna ges såtillvida att den rättsliga rationaliteten, och därigenom det som kan utgöra den positiva rätten, intresserar sig för den rättsliga motiveringen och inte för det rättsliga binära utfallet i en process (styrkt eller inte styrkt). Domarens kognitiv-normativa processer intresserar sig å andra sidan – åtminstone vid det preliminära beslutsfattandet – för det rättsliga binära utfallet och inte för den rättsliga motiveringen. Därmed kan systemen till viss del sägas ha möjlighet att vara autonoma så länge det rättsliga beslutet går att motivera med utgångspunkt i den positiva rätten samt av de omständigheter som uppfattas som rättsligt relevanta. Det som blir besvärande för teorins generella bäring, som jag förstår det, är den brygga som, via den normativa processen, skapas mellan den kognitiva rationaliteten å ena sidan och den rättsliga rationalitetens mottaglighet för data å den andra.

Utredningen av preklusionsreglerna och rättslig utveckling nedan fokuserar på den positiva rätten och därigenom på den rättsliga rationaliteten. Men det kan noteras att en definition(!) av rättslig utveckling skulle kunna skönjas ur närmandet av de två elementen i det rättsliga beslutsfattandet.

²⁰⁰ Luhmann, 1988 s. 16 f.

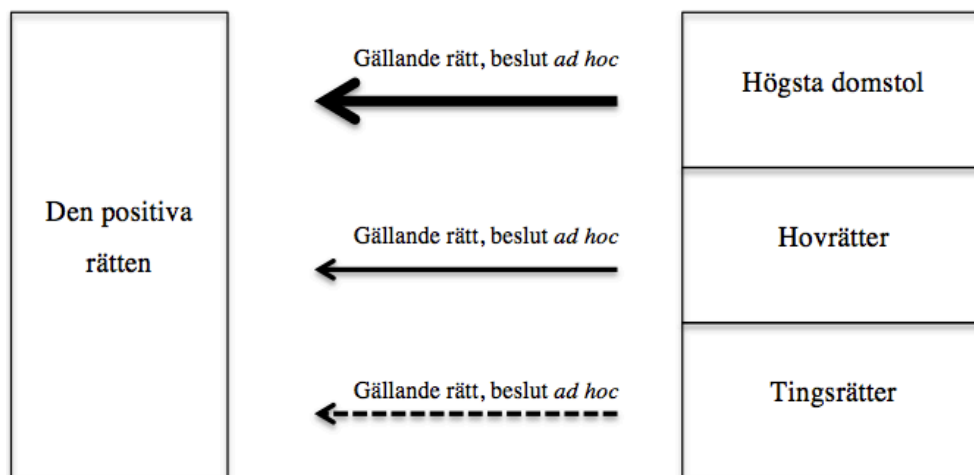
3.4.2 Subsumtionsspel genom instanserna

Fig. 10



”Den förste dörrvaktaren [läs: tingsrätten eller måhända advokaten. D.J.] är den första att se mannen från landet [läs: den åberopade omständigheten/berättelsen. D.J.]. Den förste i berättelsens ordning är den siste i lagens ordning och i hierarkin av dess företrädare”.²⁰¹

Fig. 11



Tidigare i kapitlet har jag beskrivit en del av rättens förhållande till verkligheten såsom ett växelspel mellan presenterade omständigheter å ena sidan och domarens beslut om gällande rätt *ad hoc* å den andra. Jag har också beskrivit ett växelspel mellan domarens beslut om gällande rätt *ad hoc* och den positiva rätten. Det första växelspelet benämndes som ett subsumtionsspel, medan det andra växelspelet benämndes som rättsutveckling. För att uppnå rättslig utveckling behöver en s.k. värderande transformation uppstå i subsumtionsspelet; en sådan har potential att ske då domaren ställs inför situationer varpå färdiga rättsliga lösningar saknas – d.v.s. beslut på nivå 3 och 4. Den värderande transformationen är dock beroende av hur det rättsliga beslutsfattandet går till, därför läggs i avsnitt 3.4.1.1 en kognitionspsykologisk teori fram för att förstå det rättsliga beslutsfattandet. Jag

²⁰¹ Derrida, 2007 s. 202.

beskriver det rättsliga beslutfattandet som uppdelat i två moment, dels ett kognitiv-normativt element dels ett rättsligt element. Slutligen har i avsnitt 3.3.3.2 konstaterats att de beslut om gällande rätt *ad hoc* som har störst chans att förändra den positiva rätten är de som fattas av Högsta domstolen, och därefter av hovrätterna.

I denna del ska undersökas vilka möjligheter en konflikt med potentiella beslut på nivå 3 eller 4, har att ta sig in i rättssystemet genom första instans, samt vad som kan hindra sådana möjligheter. Härvidlag är de omständigheter som presenteras av parterna i en civil-process avgörande för vilken typ av beslut domstolen har möjlighet att fatta.

3.4.2.1 Parterna

Rättsprocessens aktörer beter sig målrationalt.²⁰² Deras förfarande i en given situation kommer vara rationellt, givet det aktuella systemets logik och premisser, i förhållande till deras egenintresse;²⁰³ det visar inte minst kognitionspsykologisk forskning.²⁰⁴ Detta innebär att varje aktör har *sin* anledning till att delta i systemet. Käranden liksom svaranden i en process har som självklart mål att vinna tvisten.²⁰⁵ Deras ombud har som lika självklart mål att vinna processen.²⁰⁶ Domarna som dömer i ett mål har likaså intressen och mål med sin verksamhet.²⁰⁷ Därmed kommer uppfattningar variera om vilket beslut som är rationellt att fatta.

²⁰² Se bland annat Gregow, som angående överklaganden uttalar att "[e]n part överklagar i syfte att få till stånd ändring i underinstansens avgörande och är i princip ointresserad av om någon prejudikatfråga blir löst, medan den instans till vilken överklagande sker tar upp mål till prövning endast om det är ägnat att främja prejudikatbildningen. Denna ordning tvingar överklagande parter att argumentera i frågor som de egentligen inte har något intresse av, ifall de skall ha möjlighet att få framgång i dispensfrågan." (Gregow, SvJT 1997 s. 808).

²⁰³ Hydén, 2002a s. 70.

²⁰⁴ Gräns, 2013 s. 66.

²⁰⁵ Eftersom käranden och svaranden (i allmänhet) inte har insikt i rättssystemets logik och premisser kommer jag dock inte behandla dem som en rättslig aktör, även om detta formellt sett är fel. För uppsatsens syfte uppfyller dessa snarare funktionen av objekt – en statisk källa till kunskap som får beteckna var sin del i den reala konflikten.

²⁰⁶ Se Lindell, 2012 s. 24 och 27.

²⁰⁷ Jfr avsnitt 3.4.1.1.2 om normativ systemrationalitet.

3.4.2.2 Parterna och dispositionsprincipen

För att förstå vad som i allmänhet kommer åberopas inför tingsrätten är det inte tillräckligt att känna till vad parterna skulle vilja göra, lika viktig är att ha kunskap i vad de har möjlighet att göra.

Processrättens funktion kan, grovt förenklat, delas in i en strävan efter antingen formell sanning (formellt riktig dom) eller materiell sanning (materiellt riktig dom). Med begreppet formell sanning i motsats till begreppet materiell sanning avses att domstolen inte försöker utreda vad som *de facto* har hänt i en given situation, istället eftersträvas att utreda den bild som parterna skapat kring ett visst händelseförlopp.²⁰⁸ Till begreppet formell sanning kan *dispositionsprincipen* knytas, medan till begreppet materiell sanning *officialprincipen* kan knytas.²⁰⁹ Innebörden av att dispositionsprincipen är tillämplig vid en processhandling är att rätten ska eller får företa handlingen endast på yrkande av ena eller båda parterna.²¹⁰ När en regel i RB är obligatorisk för rätten och dispositiv för parterna präglas den av dispositionsprincipen.²¹¹ Dispositiva tvistemål präglas av dispositionsprincipen (medan indispositiva tvistemål samt brottmål präglas av officialprincipen). Tillämpningen av dispositionsprincipen kräver en bedömning av om en regel är dispositiv eller indispositiv, vilket inte alltid framgår av vare sig rättegångsbalken eller av den civilrättsliga regleringen.²¹² Om parterna har en civilrättslig förfoganderätt till processföremålet är målet dispositivt.²¹³ Det vill säga, om den materiella regel som utgör processföremålet inte är tvingande är dispositionsprincipen tillämplig.²¹⁴

Till yttermera visso bär parterna risken för brister i processmaterialet när dispositionsprincipen tillämpas.²¹⁵ Bland annat ges parterna, i dispositiva tvistemål, möjlighet att själva avgöra vad domstolen ska ges möjlighet att grunda sin dom på; exempelvis genom valet av omständigheter som åberopas samt genom de medgivanden och erkännanden

²⁰⁸ Lindell, 2012 s. 46.

²⁰⁹ Lindell, 2012 s. 46.

²¹⁰ Se Lindell, 2012 s. 110.

²¹¹ Se Lindell, 2012 s. 110.

²¹² Se Lindell, 2012 s. 110.

²¹³ Se Lindell, 2012 s. 110.

²¹⁴ Notera dock att det finns regler som är tvingande endast fram till en viss tidpunkt, tvingande endast för endera parten eller tvingande upp till en viss standard. I sådana fall råder det oenighet kring huruvida dispositionsprincipen är ett helt paket av regler som aktiveras samtidigt eller om det kan göras undantag från denna paketlösning. Se Lindell, 2012 s. 111 med däri gjorda hänvisningar.

²¹⁵ Se Lindell, 2012 s. 33.

som görs. Därtill har parterna i dispositiva tvistemål alltid möjlighet att förlikas.²¹⁶ Detta leder till att parterna i dispositiva tvistemål har möjlighet att välja vilken verklighetsbeskrivning som domstolen ska presenteras för. Parterna har fri möjlighet att avgöra om domstolen ska ställas inför ett underlag som kan leda till beslut på nivå 1 och 2 eller om domstolen ska ställas inför ett underlag som kan leda till beslut på nivå 3 och 4.

3.4.2.3 Parterna och den produktiva makten

I dispositiva tvistemål har parterna alltså i princip fria möjligheter att välja vad som ska presenteras för domstolen. I denna del kommer jag undersöka vad parterna typiskt sett kommer vilja presentera för domstolen. Undersökningen hade kunnat göras mycket omfattande, vilket jag dock har valt att inte göra. Det beror på att uppsatsens omfång inte rymmer en så långtgående undersökning, jag har dock gjort bedömningen att någon form av bild krävs för att genomföra uppsatsens syfte.

Makt, menade Foucault, ”genomtränger kroppen, producerar saker, förorsakar lust, frambringar kunskap och producerar diskurser”.²¹⁷ I avsnitt 2.2 exemplifierade jag hur parterna utför själv censur i syfte att nå framgång, något som sannolikt inte hade skett om påverkan till sådant beteende saknats; därav drar jag slutsatsen att parterna är påverkade av *makt* – mer specifikt, i huvudsak, produktiv makt.²¹⁸ Produktiv makt är organiserad runt *normer*,²¹⁹ den verkar *oberoende av samtycke*, och *involverar de underordnade i sin egen under-*

²¹⁶ RB 17 kap 3 § 2 p. och 35 kap 3 §; se även Lindell, 2012 s. 46 och 110 ff.

²¹⁷ Foucault, 1978 s. 59, läst genom Hörnqvist, 2012 s. 59.

²¹⁸ Till skillnad från repressiv makt motiverar produktiv makt de som utsätts till skapande. Den produktiva makten ger inte nödvändigtvis möjlighet till övervägande eller insikt, normaliseringen sker stegvis ofta mångfaldigt och upprepat till dess ett beteende inte längre avviker från normen. Som drivkrafter används belöning och straff; den som straffas behöver inte ångra sig eller ens inse misstaget och den som belönas behöver inte samtycka till det – handlingarna uppkommer ändå genom att den produktiva makten skapar motivation och förmåga att handla på visst sätt. För att påverka en person behöver personen därför inte övertygas (Foucault, 1987 s. 210). Givetvis är parterna även påverkade av repressiv makt, exempelvis genom att regler och normer hindrar aktörerna från att agera på annat sätt än vad de skulle vilja göra. På så sätt upprätthålls status quo i systemet.

²¹⁹ I dess breda bemärkelse – d.v.s. som informella normer. Foucault visade i sina studier att människan passerar genom olika disciplinerande miljöer, som var och en har sina egna informella lagar (normer) – exempelvis skolan, militären, fabriken, men även omklädningsrummet i fotbollslaget och vinprovarkvällen med vännerna. Dessa informella normer blir endast gällande inom sin disciplin, t ex fungerar det inte att bete sig som man gör i omklädningsrummet när man är på vinprovning med vännerna. Makten ser, ur denna aspekt, sina subjekt – som är skapade ur individen – som utbytbara. Vidare har makten förmåga att karaktärisera individen samtidigt som den ordnar en given mångfald. Dessutom syftar makten till att göra kroppen lydigare ju nyttigare den är, utifrån vad som är drivkraften (exempelvis en fabriks produktivitet);

ordning samt verkar *produktivt*.²²⁰ Produktiv makt kan få individen att vilja göra någonting trots att det inte egentligen borde vara i individens intresse. Enligt Foucault utgör normen ”det fundament på vilket en viss makt har grundats”²²¹ – genom den ges individen en position i en hierarkisk ordning.²²² Parternas ombud i processen underordnas i detta avseende den praktik som får tingsrättsdomaren att vilja döma på ett visst sätt samt vad som får domaren att intressera sig för vissa typer av omständigheter (se härom avsnitt 3.4.2.3). Normer bygger vidare på sådana regelbundenheter som kan urskiljas i målgruppens eget beteende; den produktiva makten ligger därav inte långt från de underordnades existerande beteenden och deras existerande målsättningar.²²³ Faktum är att det är just detta, att makten vänder sig till individerna i egenskap av intressenter i gemensamma åtaganden och till deras förhoppningar, som gör den produktiv.²²⁴ Det kontradiktoriska förfarande som karakteriserar civilprocessen förstärker härvidlag parternas disciplinering. Den ena partens framgång är beroende av den andre partens nederlag. Därigenom skapas en konkurrenssituation som gör att den part som bäst lyckas med att disciplinera sig till domarens praktik kommer att nå framgång. Det ligger således i parternas intresse att förhålla sig till hur tingsrättsdomaren utför sin praktik. Produktiv makt ökar slutligen motivationen och stärker individens förmåga att agera.²²⁵ Genom att parterna drivs och motiveras att agera på ett visst sätt inför domstol utövar domstolarna produktiv makt på dem. Parterna förmås (*och vill*) lägga upp sin talan och åberopa omständigheter på ett sådant sätt att det passar domstolens praktik. Varje gång en part når rättslig framgång genom sin disciplinering sker en slags målrationellt grundad belöning, på detta sätt förstärker den

givetvis gäller det motsatta, att makten formas så att kroppen blir olydigare ju onyttigare den är. Härigenom ökar makten kroppens krafter ur drivkraftsynpunkt, men minskar samtidigt desamma ur politisk synpunkt eftersom den tvingar individen att lyda (dvs skapar subjektet). Foucault menade att sanktionerna tar sig uttryck i att hela tiden uppmuntra konformt beteende och misskreditera icke-konformt beteende. Härigenom blir kroppen fångslad i själen. Individen strävar ständigt efter att uppfylla den, för tillfället, giltiga diskursens norm, vilket gör att dessa informella normer blir mycket verkansfulla inom de diskurser där de är tillämpliga. Informella normer är således kopplade till vissa diskurser och föreställningar. De sanktioneras uppifrån och ned, men bärs även upp av människors konformitet gentemot dem. (Jivegård, 2014. Se även Foucault, 2003 s. 139-151 samt Gustafsson, 2011 s. 12 ff och 25).

²²⁰ Med hjälp av normen mäter den produktiva makten skillnaden mellan beteende och norm; genom resultatet konstrueras maktrelationer inom en given grupp. Se Hörnvist, 2012 s. 60.

²²¹ Foucault, 2003a s. 50 genom Hörnvist, 2012 s. 59.

²²² Hörnvist, 2012 s. 60.

²²³ Hörnvist, 2012 s. 62.

²²⁴ Men det är också samma faktum som gör att individerna involveras som ”aktiva subjekt i ordningens upprätthållande, och [att kollektiv underordning] därigenom kopplas [...] till individuella ambitioner.” (Hörnvist, 2012 s. 62).

²²⁵ Hörnvist, 2012 s. 64.

produktiva makten parternas vilja till att disciplinera sin processföring så att den blir mer förenlig med domarens praktik.

Makten när den utövas genom rättens försorg utgör således en slags 'systemtvång' genom att det skapas rationaliteter i samklang med den diskurs som rätten skapar. Som jag behandlat ovan innebär högt uppskruvade rättsstatsvärden att tingsrätterna i syfte att uppfylla krav på förutsebarhet och likabehandling kommer sträva efter beslut på nivå 1 och 2, dessa är systemkoherenta och innebär en låg grad av reell hänsyn. Därav blir det målrationellt för en part att – inför tingsrätten – åberopa sådana omständigheter som i hög grad är förenliga med beslut på nivå 1 och 2, trots att det i partens intresse (i ett annat sammanhang) hade legat att åberopa omständigheter som istället hänför sig till beslut på nivå 3 och 4. Först om det framstår som utsiktslöst – eller i vart fall som att möjligheterna framstår som mindre goda – att nå framgång genom omständigheter som hänför sig till beslut på nivå 1 och 2 ligger det i en parts intresse att åberopa omständigheter som hänför sig till beslut på nivå 3 och 4.

3.5 Till en teoretisk modell – rättslig utveckling genom civilprocessen

Av ovanstående kapitel kan en bild av rätten och rättens möjlighet att utvecklas sägas ha vuxit fram. Sammanfattningen nedan kan förhoppningsvis få den bilden att klarna något.

Givet att rättsutveckling uppnås genom att rätten utvecklas mot ökad förståelse av verkligheten, och givet att ökad förståelse har uppstått då rättssystemet kan förstå fler av de omständigheter som skulle kunna presenteras för det, kan följande – mot bakgrund av det ovan anförda – sägas vara relevant för att förstå hur rättsutveckling, genom den rättsliga processen, lättare uppnås. Rättslig utveckling uppstår då *en värderande transformation* av vad som uppfattas som norm i den positiva rätten sker, givet att transformationen medför att uppfattningen om den positiva rätten ändras. Transformationen av den positiva rätten påverkas av vad som anförs som omständigheter i ett specifikt mål. Transformationen påverkas också av vad domarens kognitiv-normativa samt rättsliga rationaliteter medger att denne lägger till grund för ett rättsligt beslut. De rättsliga bedömningar som mynnar ur rättsliga beslutsprocesser bildar vad jag har valt att kalla gällande rätt *ad hoc*. Den gällande rätten *ad hoc* överförs och bildar – beroende av var i instansordningen beslutet har skapats, i olika hög grad – en del av den positiva rätten. Det förra sker i det s.k.

subsumtionsspelet, det senare sker i växelspelet mellan gällande rätt och positiv rätt. Den typ av beslut som har inneburit att en värderande transformation har skett, är beslut på nivå 3 och 4 – alltså då antingen normerna utmanas och behöver omvärderas eller då rätten ställs inför helt nya situationer och nya normer därför behöver skapas. Genom den rättsliga beslutsgången sker en gallring av omständigheter; dels i den kognitiv-normativa processen, dels i den rent rättsliga beslutsprocessen. Rättsliga lösningar i specifika domar har lättare att påverka den positiva rätten ju högre upp i instansordningen de fattas.

Beroende av hur rättsordningens grundvärden är utformade kommer möjligheterna för omständigheter, med rättsutvecklingspotential, att ta sig in i rättssystemet att variera.²²⁶ Om det läggs stor vikt vid rättsstatssvärden – d.v.s. bl.a. krav på förutsebarhet och likhet inför lagen – kommer de lägre instanserna i hög grad sträva efter att skriva domar som uppfyller dessa krav. Detta bör leda till en tämligen stor praxisbundenhet, vilket i så fall kommer medföra strävan efter ren subsumtion²²⁷ hos tingsrätterna – d.v.s. beslut på nivå 1 och 2. Eftersom ombudens målrationalitet är knuten till framgång i det enskilda fallet borde de sträva efter att skapa sådana omständigheter som tingsrätterna helst vill hantera.

I denna uppsats har vissa ansatser gjorts att undersöka hur stor vikt som läggs vid rättsstatssvärden i rättssystemet; undersökningen kan på intet sätt göra anspråk på att belägga någondera uppfattning kring detta, men en tendens som går att skönja är att dessa värden ges stor vikt inom rättssystemet – därför görs i uppsatsen ett sådant antagande. Om möjligheterna att anföra nya omständigheter i högre rätt är små kommer därför de högre instanserna i allmänhet mötas av sådana omständigheter som har potential att leda till beslut på nivå 1 och 2 – d.v.s. beslut som leder till att rättslig utveckling *inte* uppnås. Eftersom det är via de högre instanserna som rättsutveckling i allmänhet skapas, och eftersom en omständighet som ska ta sig genom hela instansordningen först måste passera den tvistelösande tingsrätten och vidare genom den överprövande hovrätten för att nå fram till den rättsutvecklande Högsta domstolen,²²⁸ medför det att de högre instanserna

²²⁶ Om spänningsfältet mellan 'rättvisa' och rättssäkerhet se exempelvis Lindblom som menar att om rättvisa ska förstås som att domaren ibland får väga in utom-rättsliga faktorer i sin bedömning i syfte att nå domslut som är förenliga med den allmänna rättskänslan, "[r]ättvisan kan [...] komma i konflikt med vad många anser vara domstolens främsta uppgift: att värna om den formella rättssäkerheten i betydelsen förutsebarhet och krav på lika behandling." (Lindblom, 2000b s. 65).

²²⁷ I motsats till en oren subsumtion som jag har betecknat som en värderande transformation.

²²⁸ Lindell, 2012 s. 27 f.

riskerar att inte få se omständigheter som har potential till rättslig utveckling. Om det inte är möjligt att ta in nya omständigheter i högre rätt riskeras en högre grad av *rättslig slutenhet*.

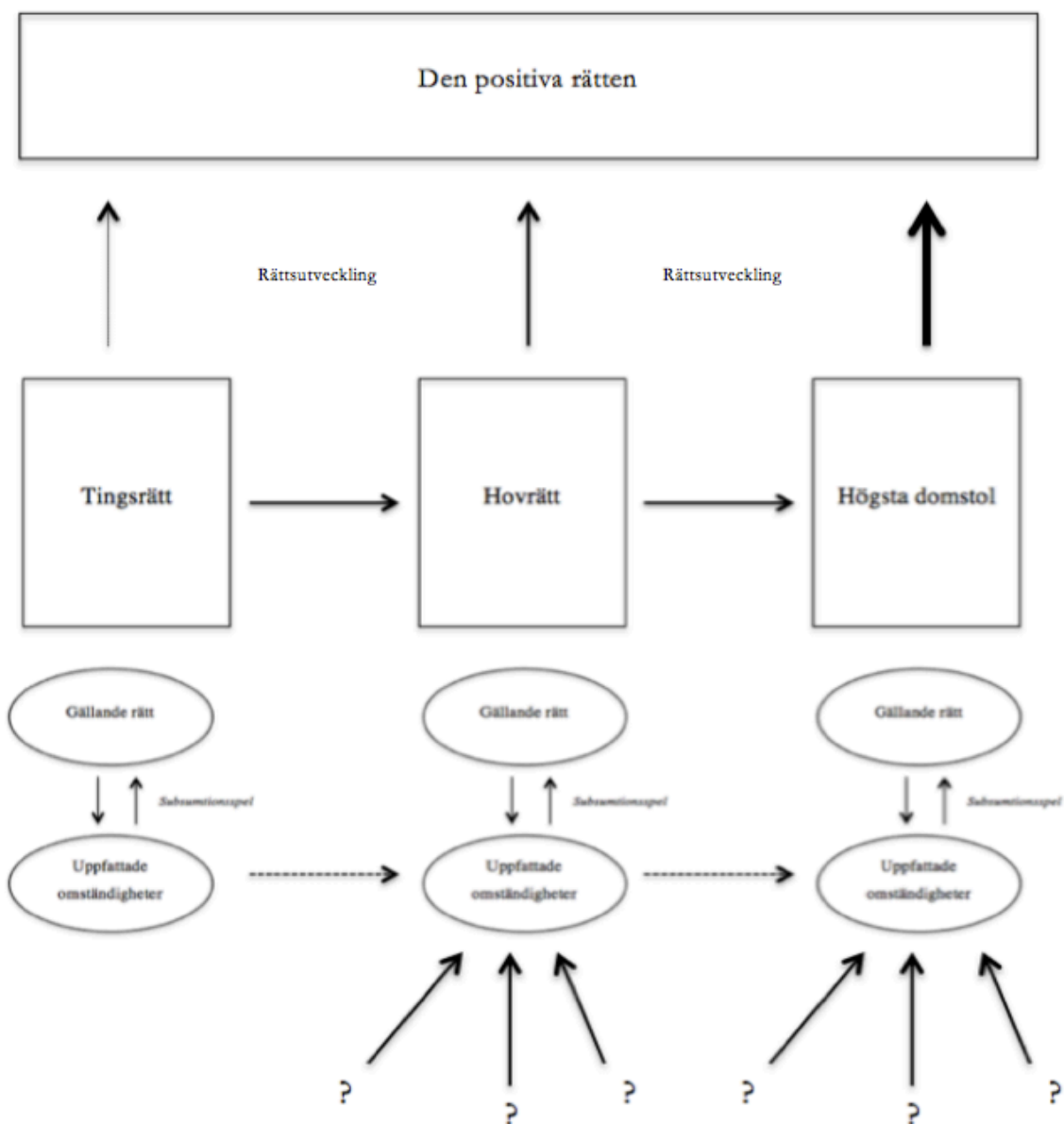
Av det ovan anförda kan, enligt min mening, konstateras att ett ombud i tingsrätt bör gynnas av att åberopa omständigheter som inte har potential till rättslig utveckling, eftersom det är lättare att få gehör för sådana omständigheter. På motsatt sätt förhåller det sig i Högsta domstolen där ett av två skäl för att få prövningstillstånd är att det föreligger omständigheter som gör det av vikt för ledningen av rättstillämpningen att ta upp målet.²²⁹

I följande kapitel kommer jag, mot bakgrund av den teoretiska modell som presenterats ovan, undersöka hur möjligheterna ser ut för de högre instanserna att nås av omständigheter med potential till beslut på nivå 3 och 4. I tidigare avsnitt har jag på teoretisk grund argumenterat för att det *de facto* på det strukturella planet är omständigheter med potential till beslut på nivå 1 och 2 som åberopas i tingsrätt. Därför kommer undersökningen nedan att fokusera på vilka möjligheter som finns för att ta in nya omständigheter och ny bevisning i högre rätt – d.v.s. reglerna i RB 50 kap 25 § tredje stycket och 55 kap 13 §.

Bilden nedan är samma som presenterades i inledningen av detta kapitel och kan sägas vara ett försök att beskriva den teoretiska modell som vuxit fram. Frågetecknen symboliserar den utredning som i det följande ska göras.

²²⁹ RB 54 kap 10 § 1 p. mer om detta nedan under kap 4.

Fig. 12



4 Nya omständigheter – Att Se

Innan utredningen av möjligheter att ta in nya omständigheter i processen i högre rätt tar vid, vill jag göra några förtydligande avgränsningar. Syftet med denna del i uppsatsen är att öppna för en analys av huruvida möjligheterna att ta in nya omständigheter i högre rätt kan påverka rättens möjligheter att utvecklas. Eftersom ansatsen är strukturell undersöks om det i preklusionsreglerna i högre rätt går att utläsa ett värde om rättslig utveckling, samt om ett sådant är önskvärt. Därvidlag är det på sin plats att göra några distinktioner kring vad som avses. Till att börja med kan konstateras att det är abstrakt rättsfakta som har sin motsvarighet i den positiva rätten, vilket innebär att det är den som ska *utvecklas*. Vidare är det konkret rättsfakta som aktiverar ett abstrakt rättsfaktum, det innebär att det är den som *utvecklar*. Detta leder till att tyngdpunkten i vad som anförts nedan kommer att läggas vid möjligheten att åberopa ny konkret rättsfakta. Slutligen kan om bevisfakta nämnas att den inte är av direkt relevans för ett abstrakt rättsfaktums utveckling.²³⁰ Däremot har bevisfakta inverkan på vilket konkret rättsfaktum som blir ändamålsenligt att åberopa, bevispreklusion kan alltid problematiseras men i huvudsak följer den samma mönster som sakomständighetspreklusionen.²³¹ Detta är av viss relevans att ta med sig in i en analys om civilprocessens möjligheter att utveckla den positiva rätten.

4.1 Allmänna utgångspunkter i frågor om preklusion

Preklusion innebär en skyldighet, eller i vissa fall möjlighet, för domstolen att avvisa vissa nya omständigheter eller viss ny bevisning efter ett visst stadie i processen.²³² För att förstå varför, och i vilken utsträckning, preklusion ska eller bör inträda är det intressant att fundera kring de processrättsliga principer och värden som ligger bakom preklusionens utformning.

4.1.1 Preklusionen och principerna

I dispositiva tvistemål är dispositionsprincipen övervägande,²³³ denna talar för att parterna ska vara fria att forma processen som de själva önskar. Mot dispositionsprincipen står i frågor om preklusionens utformning principerna om muntlighet, omedelbarhet och

²³⁰ Det beror på att den styrker konkret rättsfakta som i sin tur styrker abstrakt rättsfakta.

²³¹ Jfr det rättfärdigande beroendet som beskrivs i avsnitt 2.1 ovan.

²³² Lindell, 1993 s. 22.

²³³ Lindell, 2012 s. 33.

koncentration i kontexten snabb handläggning.²³⁴ Om det vore möjligt att ta in nya omständigheter i processens alla stadier skulle den bli långdragen; det skulle också bli svårt för motparten att bemöta nya omständigheter som är sent inkomna. Mot ett preklusionsinstitut som gynnar snabb handläggning står strävandet efter materiellt riktiga domar.²³⁵ Om en part exempelvis åberopar en avgörande omständighet i hovrätt som prekluderas, gynnas snabb och effektiv handläggning istället för strävandet efter en materiellt riktig dom. Vidare kan något som i doktrinen benämnts som en rättsskyddsteori formuleras när det går att urskilja en strävan som syftar till att den part som *har rätt ska få rätt*.²³⁶ Denna teori talar för att parter ska kunna ta in nya omständigheter i processen. Med rättsskyddsteorin kolliderar skuldprincipen.²³⁷ Skuldprincipen utläses om en part som vill åberopa något sent i processen måste komma med en giltig ursäkt för att få göra det.²³⁸ Denna kan sägas uppstå ur att parterna i så fall förutsätts åberopa allt de vill tillföra målet före en viss tidpunkt. Om de vill åberopa något efter den tidpunkten får de bära skulden för det fall de inte kan exculpera sig.

I såväl ett strängt utformat preklusionsinstitut som ett liberalt utformat sådant kan strävan efter både materiell och formell riktighet skönjas.²³⁹ I ett strängt utformat preklusionsinstitut syns närvaron av värdet om materiell riktighet i det strukturella.²⁴⁰ Om preklusionsreglerna innebär att parterna processar på ett ärligt sätt, det vill säga genom att bägge parter åberopar alla omständigheter innan en på förhand given tidpunkt, kan det ge förutsättningar för materiellt riktiga domar. I ett liberalt preklusionsinstitut syns närvaron av materiell riktighet framförallt i de enskilda avgörandena, genom att parterna ges

²³⁴ Alltså inte i första hand principerna i kontexten materiell riktighet, även om så förvisso kan vara fallet när preklusionen hindrar en part från att långrota en process. Se Lindell, 1993 s. 33.

²³⁵ Lindell, 1993 s. 37.

²³⁶ Lindell, 1993 s. 33.

²³⁷ Lindell, 1993 s. 34.

²³⁸ Lindell, 1993 s. 34.

²³⁹ Vid RB:s begynnelse var den materiella riktigheten förhärskande. Under årens lopp har förändringar gjorts som visar på en större strävan efter formell riktighet. Inslag av materiell riktighet finns dock kvar; inte minst genom befintligheten av rekvisitet *giltig ursäkt*. Jfr Lindell som menar att intresset av materiell riktighet bleknat bort hos lagstiftaren såväl när det gäller RB 43 kap 10 § som 50 kap 25 § tredje stycket, men där intresset av lagstiftaren belyses i tillämpningen (Lindell, 1993 s. 115 ff). Se även proposition till ändring i rättegångsbalken där det uttalas att det är önskvärt med "en godtagbar balans mellan intresset av en snabb och billig process och intresset av att rättens avgörande i möjligaste mån blir materiellt riktigt". (Prop. 1983/84:78 s. 35).

²⁴⁰ Framförallt genom att koncentrationsprincipen gynnas.

möjlighet att sent inkomma med relevanta omständigheter.²⁴¹ På motsatt sätt syns närvaron av värdet om formell riktighet i ett strängt preklusionsinstitut framförallt i det enskilda fallet, genom att relevanta omständigheter kan avskäras från processen; vid en sådan tillämpning är processen inte ägnad att uppnå materiell riktighet. I ett liberalt preklusionsinstitut syns närvaron av formell riktighet i att parter kan ges möjlighet att långrota mål som de själva inte gynnas av att få avgjorda. Detta kan innebära att den som har rätt de facto inte får rätt.

Valet av utformning av preklusionsinstitutet kan alltså motiveras både i termer av materiell och formell riktighet. Nedan ska utredas hur preklusionsinstitutets regler för åberopande av omständigheter förhåller sig till ett värde om rättslig utveckling.

4.2 Preklusionens yttre och inre avgränsning

Annorlunda uttryckt kan preklusionsreglernas tillämpningsområde sägas omfatta allt som utgör 'samma sak' som det som prövas i målet men som inte redan utgör sådant som domstolen får grunda sin dom på.²⁴² Ett sätt att förstå vad preklusionsreglerna tar sikte på är därför att konstatera vad som utgör 'saken' å den ena sidan och vilka begränsningar som finns för domstolen att gå utöver parts yrkande och grund för talan, å den andra.

Ytterområdet för vad som kan sägas vara *samma sak* kommer till uttryck i den positiva rätt som utvecklats kring rättskraftens objektiva utsträckning²⁴³ i RB 17 kap 11 §,²⁴⁴ samt i den yttre gräns för justering av talan som föreskrivs i RB 13 kap 3 § tredje stycket. Begreppet 'saken' är nämligen, i princip, liktydigt i de två bestämmelserna (principen om omedelbar överensstämmelse).²⁴⁵ Domstolens begränsning för vad den får grunda sin dom på tar sig uttryck i RB 17 kap 3 §. Reglerna om preklusion tillämpas alltså på det

²⁴¹ I ett sådant institut blir sanningsprincipen och rättsskyddsaspekten påtagliga, dessa syftar att leda till materiell riktighet. Se Lindell, 1993 s. 34.

²⁴² Nordh, 2012 s. 62 och 83 ff.

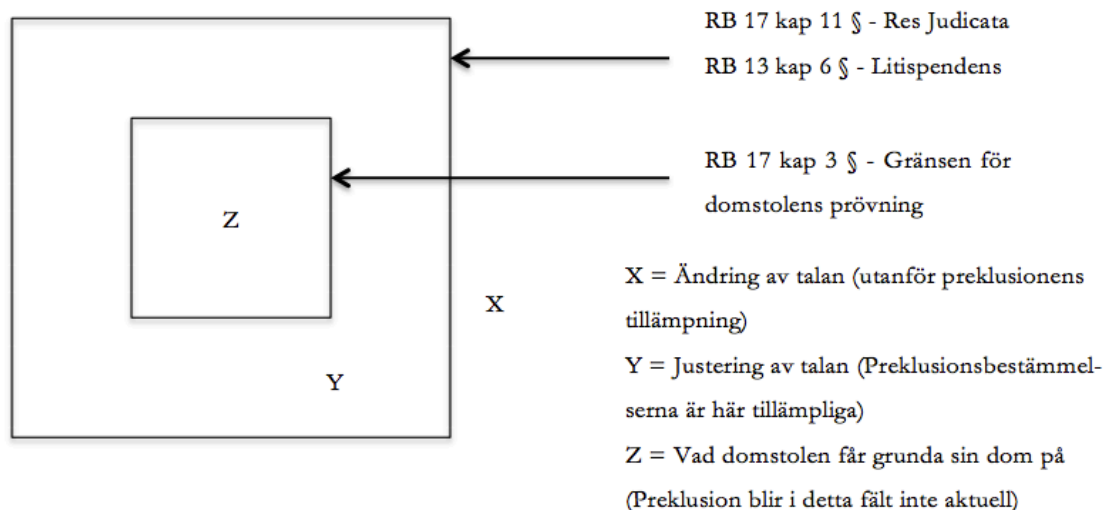
²⁴³ Med objektiv utsträckning avses rättskraftens förhållande till 'saken'. Utöver detta begränsas rättskraften även temporalt (tidsmässigt i förhållande till domen) och subjektivt (i förhållande till parter och tredje man). Se Nordh, 2012 s. 64.

²⁴⁴ Även genom litispendensbestämmelsen i RB 13 kap 6 §.

²⁴⁵ NJA 1984 s. 733. Se även Nordh, 2012 s. 64. Angående att principen om omedelbar överensstämmelse dock inte tillämpas fullt ut då saken även kan omfatta inte framställda yrkanden se NJA 1995 s. 610 och 1999 s. 520 samt Lindell, 2012 s. 343 vid not 59.

som är 'samma sak' men som inte befinner sig inom ramen för domstolens prövning.²⁴⁶ Detta förhållande kan åskådliggöras med följande skiss.

Fig. 13



Ekelöfs teori om sakens identitet tycks – med vissa modifikationer – vara den teori som oftast tillämpas av domstolarna idag. Den går ut på att saken bestäms med utgångspunkt i om nya omständigheter rör samma rättsföljd eller inte. Med rättsföljd avsåg Ekelöf det juridiska förhållande som blir följden av ett visst sakförhållande – däribland inräknade Ekelöf även kvantitativa förändringar av ett yrkande. Härav följer, enligt Ekelöfs teori, att en ny grund kan anses utgöra samma sak om den är alternativ till den tidigare grunden.²⁴⁷ Ekelöf tog alltså utgångspunkt i den yrkade rättsföljden.²⁴⁸ Lindell menar, med utgångspunkt i Ekelöfs teori om sakens identitet, att en ny omständighet, i dispositiva tvistemål, enligt RB 13 kap 3 § tredje stycket inte innebär att saken ändras så länge rättsföljden inte kvalitativt förändras enligt RB 13 kap 3 § första stycket.²⁴⁹ På senare år synes dock Högsta domstolen ha avsett att bredda rättskraftens verkan. I NJA 2011 s. 718 hade en kund väckt talan mot en bank för försumlighet vid options- och terminsaffärer. Talan

²⁴⁶ Anmärkas bör dock göras att preklusionen *kan* tillämpas även utanför denna ram, men att dess reella betydelse utanför denna ram, i förhållande till mitt forskningsobjekt, blir ointressant eftersom reglerna om ändring av talan i RB 13 kap 3 § hade tillämpats ifall preklusionsreglerna inte hade använts. Tillämpningen av preklusionsreglerna i RB 50 kap 25 § tredje stycket och 55 kap 13 § (som är en del av denna uppsats forskningsobjekt) utanför denna ram blir alltså inte relevanta att diskutera som eventuellt begränsande av rättsutvecklingen då den omständighet som är för handen att återopa i den beskrivna hypotetiska situationen inte ryms inom begreppet 'samma sak'.

²⁴⁷ Nordh, 2012 s. 65. Se även Lindell, 1993 s. 54 f.

²⁴⁸ Lindell, 2012 s. 341.

²⁴⁹ Lindell, 2012 s. 239.

rörde inledningsvis försummelse vid köp av aktier i fem bolag. Då käranden i hovrätt ville ändra sin talan till att banken avrått denne från att köpa aktier (i andra fall än bara aktier i de fem bolagen), vilket inneburit förlust för käranden, nekades det. I Högsta domstolen konstaterades dock att rättskraften skulle gälla hela det bakomliggande avtalsförhållandet,²⁵⁰ vilket sträckte sig över en tvåårsperiod, trots att den ursprungliga talan endast rörde köp av aktier i fem bolag inom ramen för det bakomliggande avtalet. Därav förändrade yrkandet, som hade gjorts först i hovrätt, enligt Högsta domstolens mening, inte sakens identitet. Det tycks således som att Ekelöfs uppfattning om sakens identitet tillämpas men med det tillägget att det kan ske en kvalitativ utvidgning av saken om det bakomliggande förhållandet exempelvis hänför sig till samma uppdragsförhållande, samma kapital och/eller samma förvaltning som allmänt råder mellan parterna.

Ekelöfs teori med tillägg för NJA 2011 s. 718 kan grovt förenklat anses utgöra det fält varpå en part skulle kunna åberopa nya omständigheter om inte preklusionsreglerna funnits.²⁵¹ Den del av detta fält som avskärs av preklusionens tillämpning är därför vad som undanhålls domstolarna.²⁵² Nedan undersöks hur preklusionen tillämpas strukturellt sett på rättsutvecklande omständigheter. Då utredningen syftar till att ta ett strukturellt grepp om möjligheterna att åberopa nya omständigheter i högre rätt, undersöks om ett värde om rättslig utveckling står att finna i preklusionens utformning.

4.3 På spaning efter ett värde om rättslig utveckling...

4.3.1 ... i preklusionen i högre rätt

Den övergripande frågan som ställs kan sägas vara om omständigheter med potential till rättslig utveckling typiskt sett har förmåga att anhängiggöras i högre rätt?

Den part som vill anhängiggöra nya omständigheter i hovrätt måste, enligt RB 50 kap 25 § tredje stycket, antingen (1) göra sannolikt att den inte kunnat åberopa omständigheten i

²⁵⁰ Då det var fråga om samma uppdragsförhållande, samma kapital och samma förvaltning enligt det kundavtal som fanns mellan parterna, (NJA 2011 s. 718 p. 9).

²⁵¹ Detta utgör en förenklad skiss av utsträckningen för sakens identitet; den gör inte anspråk på att vara uttömmande.

²⁵² Obeaktat det faktum att en stor del av dessa avskurna omständigheter inte har potential att utveckla rätten.

tingsrätten eller (2) ha haft giltig ursäkt att inte göra det. För att kunna anhängiggöra nya omständigheter i Högsta domstolen uppställs i RB 55 kap 13 § samma rekvisit men kraven för att uppnå dem är högre ställda.²⁵³

Det kan konstateras att det första rekvisitet, ur ett strukturellt perspektiv, inte blir aktuellt att använda för den part som först i hovrätt vill åberopa en potentiellt rättsutvecklande omständighet. Det beror på att parten typiskt sett har varit medveten om omständigheten genom tingsrättsprocessen men valt att inte åberopa den eftersom möjligheten att vinna har bedömts vara större om omständigheter med mindre rättsutvecklande potential istället åberopas.²⁵⁴ Återstår gör därför att utreda om det finns en öppning för rättsutvecklande omständigheter att ta sig in i överrättsprocessen genom rekvisitet giltig ursäkt.

4.3.1.1 Giltig ursäkt

Rekvisitet *giltig ursäkt* måste, enligt Lindell, liksom regeln i dess helhet tillämpas mot bakgrund av vad som är syftet med en prövning i hovrätt.²⁵⁵ Som redan berörts har hovrättsprocessen genom åren fått en alltmer förtydligad roll. I den senaste reformen, *En modernare rättegång*, uttalas att hovrättsprocessen ska vara överprövande samt att ett sätt att åstadkomma detta är att hovrättsprocessen i högre grad grundas på samma material som det som förebragts i tingsrätten.²⁵⁶ Innebörden av rekvisitet giltig ursäkt bör alltså avläsas mot bakgrund av det faktum att hovrättsprocessen, i större utsträckning än tidigare, ska vara överprövande. Det talar för att rekvisitet ska ges en mer restriktiv innebörd än tidigare.

I proposition 1971:45, som var en del av reformeringen av fullföljdsreglerna till Högsta domstolen, uttalades att ”giltig ursäkt bör anses föreligga om parten efter noggranna och väl grundade processekonomiska överväganden har åberopat den av flera tänkbara grunder eller invändningar som han bedömde sannolikt skulle leda till framgång, men detta inte blivit fallet”.²⁵⁷ Det uttalas även att avvisning av omständigheter inte bör ske om det riskerar att leda till materiellt oriktigt resultat, istället ska i så fall möjligheten användas att

²⁵³ Se Lindell, 2012 s. 258 f.

²⁵⁴ Se härom avsnitt 3.4.2.3 ovan.

²⁵⁵ Lindell, 1993 s. 118.

²⁵⁶ Prop. 2003/04:131 s. 200 f.

²⁵⁷ Prop. 1971:45 s. 100.

ålägga part att betala de fördyrade processkostnader som den andra parten åsamkats enligt RB 18 kap 6 §.²⁵⁸ I proposition 1988/89:95 där rekvisitet '*av annan särskild anledning bör tillåtas*' togs bort, hänvisades angående rekvisitet *giltig ursäkt* till uttalandena i 1971 års proposition.²⁵⁹ I propositionen hänvisas till rimliga efterforskningar, processekonomiska överväganden, brist på insikt och förekomst av ombud.²⁶⁰ Det konstateras även i propositionen att ändamålen med den nuvarande bestämmelsen i 50 kap 25 § tredje stycket är att förmå parterna att åberopa allt relevant processmaterial i tingsrätten.²⁶¹ Mot bakgrund av att hovrätten idag har en tydligt formulerad överprövande funktion,²⁶² bör rekvisitet *giltig ursäkt*, vid beaktande av de refererade uttalandena ovan, ges en snäv innebörd.²⁶³

Av de exemplifieringar som återfinns i motiven till RB 42 kap 15 §, har Lindell gjort en sammanställning över vad som kan innefattas i rekvisitet *giltig ursäkt*.²⁶⁴ Samma typfall används för övriga ställen där rekvisitet återfinns – bland annat RB 50 kap 25 § tredje stycket och 55 kap 13 § – men tillämpas med olika stor restriktivitet. Typfallen sammanfattas enligt följande. Giltig ursäkt kan föreligga:

1. Då nytt material kommit till parts kännedom först senare i processen, trots rimliga efterforskningar.
2. Då nytt material motiveras av motpartens handlande i processen.
3. Då part inte tidigare insett betydelsen av en omständighet.
4. Då part av processekonomiska skäl underlåtit att åberopa visst material i tron att redan åberopat material skulle vara tillräckligt att vinna målet.

Av de fyra typfallen är det nummer tre som kan vara värt att beröra ur ett rättsutvecklingsperspektiv. Typfallet, att en part inte tidigare insett betydelsen av en omständighet, skulle förvisso kunna tala för att värdet om rättslig utveckling får sitt uttryck i bestämmelsen. Jag menar dock att typfallet tar sikte på att en part inte uppfattat dess rättsliga re-

²⁵⁸ Prop. 1971:45 s. 100.

²⁵⁹ Prop. 1988/89:95 s. 45.

²⁶⁰ Prop. 1988/89:95 s. 40-45 samt Lindell, 1993 s. 117 f.

²⁶¹ Prop. 1988/89:95 s. 44 f samt NJA 2004 s. 874.

²⁶² Se avsnitt 3.3.3.2 ovan.

²⁶³ Redan i Prop. 1988/89:95 förtydligades att parterna måste förmås att åberopa allt vad de anser nödvändigt för att vinna målet redan i tingsrätten. (Prop. 1988/89:95 s. 44). Jag menar att den syn lagstiftaren nu för tiden har på hovrättsprocessen ska få genomslag på hur överrätterna ska tolka innebörden av rekvisitet *giltig ursäkt*. (Jfr härom Lindell, 1993 s. 118). Se dessutom prop. 2003/04:131 s. 200 f.

²⁶⁴ Typfallen är uppräknade i Lindell, 2012 s. 256 f och Lindell, 1993 s. 305 f.

levans i allmänhet; typfallet tar inte sikte på ett accepterande av att instanserna har olika funktioner och att en omständighet som är relevant i högre instanser skulle kunna uppfattas som irrelevant i tingsrätt. Att omständigheten saknade relevans i tingsrätt men är av relevans i hovrätt torde därvidlag inte omfattas av undantaget. Enligt min mening bör därför inget av typfallen ovan anses ta sikte på att gynna rättslig utveckling som ett värde i rättsprocesser. Det har dessutom uttalats att rekvisitet ska tolkas snävare ju högre upp i instanserna det tillämpas. Därav följer, enligt Lindell, att rekvisitet (i hög grad) ska tillämpas restriktivt i hovrätt,²⁶⁵ och i än högre grad restriktivt i Högsta domstolen.²⁶⁶

Eftersom bestämmelserna är obligatoriska och tvingande krävs att domstolen har givits en uttalad möjlighet att godta en ny omständighet för att den ska få göra så. Eftersom rättsutvecklande omständigheter inte givits uttalad möjlighet att åberopas, får domstolen inte godta dem med mindre att den finner någon annan anledning att godta dem. På det strukturella planet får en part således inte åberopa en ny rättsutvecklande omständighet i högre rätt.

4.3.2 ... i RB i dess helhet

RB 54 kap 10 § är den regel i rättegångsbalken där värdet om rättslig utveckling tydligast kommer till uttryck. Regeln föreskriver de fall då prövningstillstånd till Högsta domstolen får ges. Regeln är fakultativ och dess första punkt föreskriver att prövningstillstånd får lämnas då det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av Högsta domstolen (s.k. prejudikatdispens). Prejudikatdispensrekvisitet föreskrev tidigare att det skulle vara av *synnerlig vikt* för att prövningstillstånd skulle ges.²⁶⁷ Kravet togs bort i den så kallade fullföljdsreformen 1971. I motiven uttrycktes att ändringen skulle ske så att Högsta domstolens uppgift att leda rättsutvecklingen klart kom till uttryck i lagtexten,²⁶⁸ samt att bestämmelsen uteslutande borde ta sikte på att prövningstillstånd ges då det

²⁶⁵ Lindell ger enligt min mening uttryck för en starkt restriktiv syn på tillämpningen av ursäktsrekvisitet i hovrätt: "[...] eftersom avsikten är att det ska vara svårare att åberopa nytt processmaterial ju högre upp i instansordningen ett mål kommit är möjligheterna att berika processmaterialet i hovrätten starkt begränsade och i Högsta domstolen ännu mindre, oavsett att dessa instanser tillämpar samma slags ursäktsrekvisit som tingsrätten när den tillämpar 42:15". (Lindell, 2012 s. 258 f).

²⁶⁶ Lindell, 2012 s. 258 f.

²⁶⁷ Se prop. 1915:4 s. 56.

²⁶⁸ Prop. 1971:45 s. 87.

finns ett allmänt intresse av tillgång till vägledande prejudikat.²⁶⁹ I motiven till reformen uttrycktes vidare att det i princip inte skulle förekomma andra dispensgrunder än prejudikatdispens.²⁷⁰ Regeln tar sålunda sikte på att driva rättsutvecklingen framåt.

Även i bestämmelsen om förutsättning för prövningstillstånd i hovrätt syns ett värde om rättslig utveckling.²⁷¹ Regeln är tvingande och finns till för att åstadkomma att hovrätterna fyller sin funktion som kontrollerande och rättsutvecklande instans samt för att möjliggöra fullföljd av mål av prejudikatsintresse till Högsta domstolen.²⁷² I tredje punkten föreskrivs att prövningstillstånd ska meddelas om det är av vikt för rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt. Rekvisitetet är det samma som för prövningstillstånd i Högsta domstolen men kravet är lägre ställt – vilket framgår i NJA 2011 s. 843 där Högsta domstolen slår fast att ett lägre ställt krav för prejudikatsdispens i hovrätt är en nödvändighet för att Högsta domstolen ska kunna fullgöra sin prejudikatsuppgift. Domstolen uttalade även att hovrätterna har ett ansvar för rättsutvecklingen genom att deras praxis bidrar till rättens utveckling genom att ett mönster från ett större antal hovrättsavgöranden bildas.²⁷³ Regeln tar således delvis sikte på att driva rättsutvecklingen framåt.

I RB 56 kap 13-15 §§ återfinns bestämmelserna om den så kallade ”hissen”. Bestämmelserna gör det möjligt för tingsrätten att med parternas samtycke hänskjuta en prejudikatfråga direkt till Högsta domstolen. Vid införandet av bestämmelserna konstaterades att rättsutvecklingen på vissa rättsområden inte var tillfredsställande.²⁷⁴ För att avhjälpa denna brist infördes hissen och som skäl uttalades i propositionen följande, som här återges i sin helhet.

”En snabb, billig och enkel väg att skapa prejudikat skulle kunna öppnas om tingsrätten fick hänskjuta en prejudikatfråga till HD och få den besvarad redan innan tingsrätten avgör själva målet. En stor fördel med ett sådant system är att prejudikatbehovet kan tillgodoses också då den som förlorar målet inte har intresse av att överklaga. För den enskilde parten kan det vara betungande om dennes mål blir ett

²⁶⁹ Prop. 1971:45 s. 88.

²⁷⁰ Prop. 1971:45 s. 87.

²⁷¹ RB 49 kap 14 §.

²⁷² Prop. 2004/05:131 s. 178 f, Ds 2001:36 s. 68 f. Jfr även prop. 2004/05:131 s. 171, där det anges att regeringen delar denna uppfattning, samt prop. 1973:87 s. 196.

²⁷³ NJA 2011 s. 843.

²⁷⁴ Prop. 1988/89:78 s. 64 ff.

pilotfall och förs genom instanserna upp till HD, medan andra mål får vila i avvaktan på prejudikatet. Det skulle således många gånger vara bättre för alla inblandade om prejudikatfrågan kunde prövas på ett så tidigt stadium som möjligt”.²⁷⁵

Anledningen till skapandet av hissen var alltså att göra det attraktivt för parterna att hänskjuta prejudikatfrågor till Högsta domstolen och därigenom på ett bra sätt kunna driva rättsutvecklingen framåt. Värdet rättslig utveckling syns alltså även här.

4.3.3 ... slutligen: önskelistan – ett pragmatiskt initiativ!

I Högsta domstolen har den låga måltillströmningen uppfattats som ett problem; exempelvis uttalar Bo Svensson – dåvarande ordförande för Högsta domstolen – i en intervju för Advokaten (förvisso 2003), angående att antalet mål av prejudikatintresse behöver öka, att ”[s]aken brådskar för antalet prejudikat är enligt min mening för lågt”.²⁷⁶ Svensson uttrycker vidare att Högsta domstolen behöver bygga upp en god balans med färska mål, och för att uppnå det krävs ett systematiskt arbete.²⁷⁷ I det syftet berättat Svensson vidare att det har inrättats en *prejudikatsgrupp* på Högsta domstolen som bland annat har till uppgift att ta fram en ”lista över prejudikativärda frågor som ska tjäna till ledning för domstolens ledamöter vid dispensprövningen”.²⁷⁸ Högsta domstolen har således uppfattat det som ett problem att domstolen inte är tillräckligt rättsutvecklande. I syfte att komma tillrätta med problemet gör den vad den kan för att mildra verkningarna av att inte tillräckligt många mål av prejudikatintresse överklagas dit. Prejudikatgruppen – som har till uppgift att förtydliga vilka typer av mål de som arbetar med dispensärenden ska fästa avseende vid – har alltså tillkommit som en följd av att domstolen uppfattar att värdet om rättslig utveckling är viktigt, samt att värdet inte fått sitt konkreta förverkligande i tillräckligt hög grad i form av dispenserade mål.

²⁷⁵ Prop. 1988/89:78 s. 64.

²⁷⁶ Advokaten, 2003.

²⁷⁷ Advokaten, 2003.

²⁷⁸ Advokaten, 2003.

5 Analys

Med utgångspunkt i min teori och utredning ovan ska jag i det följande, med tämligen stora penseldrag, måla upp en bild av den potential till rättslig utveckling som finns genom civilprocessen.

5.1 Processen i tingsrätt. Förutsebarhet, kognitionspsykologi och konstruerande av rättslig verklighet

”Jag är min värld. (Mikrokosmos.)”.²⁷⁹

Ovan i avsnitt 3.3.3.1 och 3.3.3.2 har jag sökt beskriva en uppfattning om rättsstatsvärdenas betydelse för dömandet. Jag har gjort antagandet att dessa värden är av stor betydelse för rättssystemet. Krav på förutsebarhet och likabehandling är viktiga värden som domaren har att ta hänsyn till vid sitt dömande – detta utgör en del i en rättslig rationalitet. En tanke om förutsebarhet och likabehandling som ges stor dignitet är ägnad att leda till att domare förhåller sig lojalt mot redan befintlig positiv rätt. Av de fyra typer av beslut som presenterats ovan är beslutsnivå 1 och 2 kompatibla med en sådan lojalitet. Det innebär att tingsrättsdomaren typiskt sett kommer föredra att bli presenterad för omständigheter som kan leda till beslut på dessa nivåer.

Den juridiska metod som ska tillämpas vid rättsligt beslutsfattande strävar efter systemintern koherens. Tingsrättsdomaren förutsätts – med hänsyn till värden om förutsebarhet och likabehandling – utföra en dialektisk och analytisk enkelriktad argumentation där olika alternativ systematiskt och objektivt prövas mot varandra. Omständigheter och bevis som presenterats och som domaren uppfattar som relevanta för den rättsliga konflikten ska vägas, vilket antas ge konflikten dess rätta belysning.²⁸⁰ Ju mer tingsrättsdomaren låter omständigheter subsumeras under redan befintlig positiv rätt desto mer förenlig är domarens beslutsmotivering med kraven på förutsebarhet och likabehandling. Det bör innebära att domaren kommer urskilja rättsligt relevanta omständigheter från icke rättsligt relevanta sådana, vilket görs utifrån vad som kan anses vara förenligt med gällande rätt. Gällande rätt utgörs i sin tur av domarens bedömning av vad den positiva rätten tar

²⁷⁹ Wittgenstein, 1992 sats 5.63 s. 102.

²⁸⁰ Jfr RB 17 kap. 2-3 §§ och 35 kap. 1 § (egentligen ’saken’).

sig för uttryck i förhållande till den konflikt som är för handen. Detta kan sägas styras av *den rättsliga rationaliteten*. Ju mer bunden domaren är av den positiva rätten, desto mindre kommer uppfattningen om den positiva rätten att omformas av återopade omständigheter. Tingsrättsdomaren kommer därför – givet mitt antagande att rättstatsvärdena värderas högt – i hög grad subsumera omständigheter under den positiva rätten.

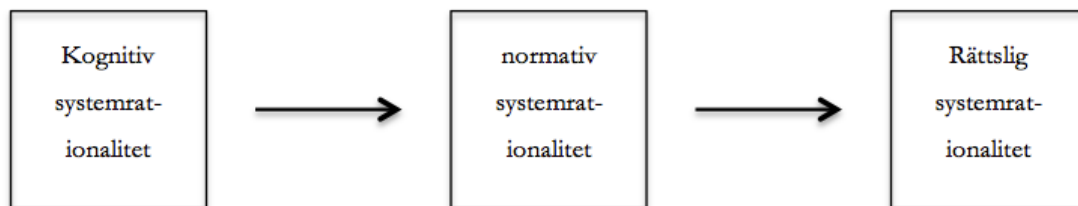
Emellertid kompliceras bilden ovan av den kognitionspsykologiska uppfattningen om hur beslutsfattande går till. Enligt den kommer tingsrättsdomaren relativt tidigt i processen göra en preliminär intuitiv bedömning av problemet som presenteras i processen. Det görs genom en holistisk, dubbelriktad, process som grundar sig i de omständigheter (i bred bemärkelse) som domaren, med utgångspunkt i en gallringsmekanism som styrs av domarens heuristiker, tar till sig – dessa kan förenklat sägas motsvaras av domarens förståelsehorisont, dennes förförståelse, etc. (context of discovery). Detta motsvarar *den kognitiva rationaliteten*.

När domaren har kommit till ett preliminärt undermedvetet beslut (*en hunch*) startar en analytisk process som prövar beslutet mot en normativ teori (context of justification). Detta motsvarar *den normativa rationaliteten*. I denna söker domaren rättfärdiga sin preliminära lösning i allt sådant som verkar normerande för denne; det kan exempelvis bestå i den positiva rätten men även övriga värden som verkar normerande för denne (såsom olika rättviseuppfattningar, uppfattningar om vad som är gott, riktigt, o.s.v.). I denna analytiska process väger domaren olika argument mot varandra för att komma till ett riktigt beslut, alternativt görs detta även i denna process genom en holistisk dubbelriktad process. De omständigheter som domaren använder i processen är 'utvalda'²⁸¹ med utgångspunkt i den intuitiva process som föregått den analytiska processen. Detta, menar jag, medför att domaren kommer konstruera en bild av det presenterade som är förenlig med såväl domarens preliminära intuitiva bedömning som med dennes ideal; bilden av domarens konstruktion av verkligheten ska här förstås som produkten av ett reflektivt equilibrium. Den kognitiva och den normativa rationaliteten kan samlat sägas motsvara vad som i rättsvetenskapen beskrivs som process of discovery.

²⁸¹ Termen *utvald* blir i denna mening missvisande då processen är omedveten och styrs av domarens kognitiva förmåga att ta till sig omständigheter. Det vill säga hjärnans undermedvetna urskiljande av relevanta omständigheter från icke-relevanta sådana.

Det som, mot bakgrund av det kognitionspsykologiska beslutsfattandet, gör rättsligt beslutsfattande annorlunda mot 'vanligt' beslutsfattande, är att domaren utöver det två ovan beskrivna rationaliteterna (kognitiv och normativ rationalitet), även ska motivera sitt beslut med utgångspunkt i en tredje rationalitet – den rättsliga rationaliteten. Den rättsliga rationaliteten (som beskrevs inledningsvis i detta avsnitt) placerar sig således på tredje plats i en kronologisk följd av processer som påverkar varandra. Den normativa bedömningen påverkas av den föregående intuitiva processen genom att denna avgör vad domaren kan lägga till grund för sin normativa bedömning. Den normativa bedömningen påverkar sedan vad domaren vill fästa avseende vid när denne genomför sin rättsliga motivering inom ramen för den rättsliga rationaliteten. Detta kan sägas motsvaras av vad som i rättsvetenskapen beskrivs som process of justification. Det synes alltså vara inte vara möjligt för domaren att träda ur sin värld – varken tingsrättens kontext eller domarens subjekt (mikrokosmos) – när denne utför sitt dömmande.

Fig. 14



5.2 Instansernas funktioner och dess konsekvenser – en apodynamisk²⁸² balk

Tingsrättens främsta uppgift är att vara tvistelösande. Hovrätten ska vara kontrollerande men också rättsbildande. Högsta domstolen ska bidra till att föra rättsutvecklingen framåt. Rättsstatsvärdena är viktiga för hur instanserna utför sina uppgifter. Direkt påverkade av dessa blir särskilt tingsrätterna. Det är dem som rättens aktörer oftast möter. Det är också i tingsrätten som tyngdpunkten för processen ligger. Det är därför viktigt att de upprätthåller högt ställda krav på förutsebarhet och likabehandling. Att tingsrätterna var för sig i stor utsträckning använder sig av reell hänsyn i sitt dömmande torde knappast gynna upprätthållandet av högt ställda krav på förutsebarhet och likabehandling. Lättare att upprätthålla dessa torde det istället vara när tingsrätterna kan grunda sina domar på skäl som motsvaras av beslutsnivåerna 1 och 2. Alltså när dömandet, tillsammans med

²⁸² Apodynamisk ska här förstås som att delarna i en helhet delvis tar ut varandra eller försvagas när de agerar tillsammans. Det ska läsas som ett motsatsord till synergi.

vissa prioriteringsbedömningar, sker genom en ren subsumtion av omständigheter under positiv rätt. Som jag varit inne på i det föregående avsnittet finns det i kognitionspsykologisk teori dock stöd för att mer komplexa omständigheter påverkar domaren i dennes bedömning. Dessa omständigheter påverkar den binära utgången i målen, det vill säga domslutet; något som torde ske på det intuitiva planet. När domaren väl rättfärdigar sitt val, det vill säga när domskälen skrivs, torde det däremot göras med utgångspunkt i sådana omständigheter som går i linje med den positiva rätten. Givet tingsrätternas funktion bör domarens val av domslut komma att emanera ut i domskäl som ger sken av att vara subsumerade under den positiva rätten.²⁸³

På grund av parternas målrationalitet – det vill säga deras vilja att vinna målet – bör tingsrätterna överlag komma att presenteras för sådana omständigheter som de helst grundar sina domar på – d.v.s. omständigheter som kan hänföras till beslut på nivå 1 och 2, (parterna kommer endast välja att presentera rättsutvecklande omständigheter – beslutsnivå 3 och 4 – då det gynnar deras möjligheter att vinna målet). Högt ställda rättsstatsvärden kommer alltså driva parterna att forma presenterade omständigheter så att de passar in på beslutsnivå 1 och 2 – det vill säga omständigheter som inte gynnar den rättsliga utvecklingen.

Hovrätterna utgör i första hand en kontrollinstans. De ska utgöra en garant för att tingsrätterna upprätthåller krav på rättssäkerhet. Det följer av en rad uttalanden att hovrätterna i huvudsak ska grunda sina avgöranden på samma omständigheter som tingsrätterna förebragts. Härvidlag följer att undantagen som finns i preklusionsreglerna numera ska tillämpas mycket restriktivt. Det torde därför vara svårt för parter att åberopa nya omständigheter först i hovrätt. De måste ha en giltig ursäkt för varför de inte lyft omständigheter redan i tingsrätt. Tidigare kunde en giltig ursäkt utgöras av det faktum att part hade valt en av två möjliga argumentationsvägar i tron att det skulle leda till rättslig framgång; om framgång inte följde av valet kunde den andra argumentationsvägen istället väljas i hovrätt. På grund av att hovrättens överprövande roll förtydligats torde sådana skäl inte längre utgöra giltig ursäkt. Parternas möjligheter att lyfta in nya, rättsutvecklande, omständigheter i hovrätt är därför starkt begränsade.

²⁸³ Jfr avsnitt 3.4.1.1 ovan angående att domaren inte nödvändigtvis är medveten om denna process.

Hovrätterna har även en rättsbildande funktion. Genom att rättsliga mönster skapas av hur hovrätterna dömt i en mängd fall uppfyller de sin rättsbildande funktion. Genom hovrätternas uttalat rättsbildande funktion torde de också i större utsträckning än tingsrätterna använda sig av reell hänsyn i sitt dömande. Detta gör det motiverat för parterna att åberopa omständigheter som bättre spelar an mot beslutsnivå 3 och 4. Något som de dock kommer upptäcka sig förhindrade av, på grund av preklusionsreglernas rigida tillämpning.

Högsta domstolen har en i princip renodlat rättsbildande funktion. Av detta följer att de tillämpar ett stort mått av reell hänsyn. För att ett mål över huvud taget ska tas upp av Högsta domstolen krävs att det består av omständigheter som ger möjlighet till beslut på nivå 3 och 4.²⁸⁴ Det är därför mycket motiverat för parterna att åberopa omständigheter med rättsutvecklande potential i denna instans. I högsta instans tillämpas dock undantagen i preklusionsreglerna än mer restriktivt än i hovrätt.

Av det ovan anförda följer enligt min mening, att där det är rationellt för parterna att åberopa omständigheter som hänför sig till nivå 1 och 2 – det vill säga i tingsrätt – är det (rättsligt sett) lättast att åberopa omständigheter som hänför sig till nivå 3 och 4. I hovrätt där det är (mer) rationellt att åberopa omständigheter som *går mot* nivå 3 och 4 är det emellertid behäftat med svårigheter för parterna att åberopa sådana omständigheter. Där det är (som mest) rationellt att åberopa omständigheter som hänför sig till nivå 3 och 4 – det vill säga i Högsta domstolen – är det mycket svårt att åberopa sådana omständigheter, om det inte gjorts i tidigare instanser. Parternas incitament att åberopa rättsutvecklande omständigheter kommer alltså öka ju högre upp i instanserna processen befinner sig. Möjligheten att åberopa sådana omständigheter har dock kraftigt inskränkts av preklusionsreglernas utformning, där värdet av rättslig utveckling, enligt min mening, lyser med sin frånvaro.

Emellertid är dock värdet om rättslig utveckling närvarande på andra ställen i rättegångsbalken. Reglerna om prövningstillstånd – i synnerhet till Högsta domstol – har som egentligt syfte att bidra till rättslig utveckling. Värdet rättsutveckling är även närvarande i utformningen av kraven för prövningstillstånd till hovrätt. Rättsliga möjligheter har vi

²⁸⁴ Här bortses från extraordinär dispens som grund för prövningstillstånd.

dare givits att hänskjuta rättsutvecklande mål direkt från tingsrätt till Högsta domstol – den s.k. hissen. Möjligheten har införts som en konsekvens av att för få rättsutvecklande mål når upp till Högsta domstolen – således syns värdet om rättslig utveckling även där. Slutligen har initiativ tagits i Högsta domstolen att försöka identifiera mål av värde för rättsutvecklingen genom att i en så kallad önskelista förtydliga de rättsfrågor som är i behov av prövning i högsta instans; initiativet har tagits i direkt syfte att få bättre genomströmning av mål till Högsta domstolen. Å ena sidan är alltså rättegångsbalken – genom bland annat reglerna om prövningstillstånd – utformad så att den ska gynna rättslig utveckling. Å andra sidan är den – genom preklusionsreglerna – utformad så att den begränsar möjligheter till rättslig utveckling när mål ska ta sig uppåt i instanserna. Dessa regler samlat ger balken ett apodynamiskt drag som begränsar processens rättsutvecklande potential.

5.3 Rättslig praktik, parternas diskurs, presenterade omständigheter och preklusionen i högre rätt

”Vi ha å ena sidan rättsvetenskapens tillvägagångssätt, enligt vilket de sociala realiteterna, varom det hela måste röra sig, överhöljas med rättsideologiska slöjor och icke få eller kunna beaktas annorlunda än genom dessa slöjor, stundom så täta, att blicken faktiskt aldrig når fram till realiteterna. Vi ha å andra sidan en metod, som icke går ut på annat än att låta dessa realiteter komma till heders, att låta vetenskapsmannen efter bästa förmåga utreda dessa realiteter och deras inbördes sammanhang samt sätta dem så klara som möjligt framför sig, för att med ledning därav argumentera för de principer, som, på ena eller andra området och i ena eller andra avseendet, enligt hans uppfattning bör läggas till grund för dömandet.”²⁸⁵

En förutsättning för att civilprocessen ska kunna vara rättsvårdande är att den kan hålla rättstillämpningen adekvat mot samhällsförändringar. Det kan ske genom att domstolarna har möjlighet att lyfta in samhälleliga företeelser i sina beslut och därigenom har möjlighet att göra konsekvensanalyser av hur en viss rättslig tillämpning kommer att förhålla sig till samhället. För att det ska vara möjligt behöver domstolarna kunna ta reell hänsyn i

²⁸⁵ Lundstedt, 1942 s. 128 f.

sitt dömande. Och för att reell hänsyn ska kunna ta sig uttryck i den positiva rätten behöver den följa med i domstolarnas domsmotiveringar.

Den rättsliga praktiken i domstolar består av domarprofessionens antaganden om vad som är domstolarnas roll och vad som förväntas av domarna. Den formas också av yttre antaganden om vad som är domstolarnas roll. Dessa antaganden formar rationaliteter som jag i uppsatsen har valt att kalla rättslig systemrationalitet. Den rättsliga systemrationaliteten kommer i sin tur forma den rättsliga diskurs som parterna verkar inom när de för en process inför domstol.

I tingsrätterna kan den rättsliga praktiken sägas styras av rationaliteter bestående i tydliga krav på förutsebarhet och likabehandling. Sådana krav kan göra att tingsrätterna inte känner sig benägna att ta reell hänsyn i någon stor utsträckning. Det leder, enligt min mening, sannolikt till att ett lätthanterligt sätt för domarna att förhålla sig till den rättsliga rationaliteten blir att använda sig av en gemensam metod för att undersöka rättsliga problem. Härvidlag blir ett 'sökande' efter gällande rätt motiverat framför skapande av rättsliga lösningar på rättsliga problem. Skillnaden mellan dessa två förhållningssätt motsvaras av synen på hur domaren ser på den dömande verksamheten; att antingen deskriptivt fastställa gällande rätt eller att normativt skapa rättsliga lösningar. I denna del har enligt min mening alltså det förstnämnda valts när tingsrätterna motiverar sina rättsliga lösningar.²⁸⁶ Den rättsliga praktiken i tingsrätt kan således, något förenklat, sägas bestå i att tingsrättsdomaren ska tillämpa redan befintlig positiv rätt på de sakförhållanden som presenteras inför denne. Domaren eftersträvar beslut på nivå 1 och 2.

Till yttermera visso bildar denna, ovan beskrivna, praktik den diskurs som parterna ställs inför när de väcker talan i tingsrätt. Parterna förmås (*och vill*), på grund av diskursens utformning, lägga upp sin talan och åberopa omständigheter på ett sådant sätt att den passar domstolens praktik. En giltig argumentation i förhållande till diskursen kommer belönas, medan det som framstår som främmande stöts bort. Genom att praktiken upprätthåller den rättsliga rationaliteten består parternas rättsliga diskurs därför i någon mån av en uppfattning om en statisk positiv rätt, som uppfattas som svår att genomtränga. Den rättsliga diskursen påverkar därigenom parternas sätt att forma sina rättsliga

²⁸⁶ Jfr beslutsnivå 1 och 2 i kontrast till beslutsnivå 3 och 4.

anspråk. För att parterna – inom ramen för det kontradiktoriska förfarandet – ska tillgodose sina intressen, presenterar de därför omständigheter som i hög grad överensstämmer med redan befintlig positiv rätt. Härigenom reproducerar parterna den rättsliga diskursen, vilken i sin tur cementerar den rättsliga praktiken i tingsrätt. Tingsrättsdomaren blir van vid att ställas inför rättsliga problem där en rättslig lösning återfinns i en redan befintlig positiv rätt, och därmed övergår den analytiska processen – av vanan av att 'leta' efter en rättslig lösning – till att bli en intuitiv process. Detta synes, enligt min mening, skapa en performativ rundgång som är ägnad att reproducera en rättslig slutenhet. Effekten blir att rätten, genom rättens aktörer, skapar ett i högre grad slutet system. Förvisso mottagligt för information utifrån, men format så att det passar in i den rättsliga praktiken snävt avgränsade villkor. Rättens praktik sätter härmed upp gränsen för vad som är inom- respektive utomrättsligt. Luhmanns påstående att "the law itself defines what boundaries of law are, and what belongs to law and what does not",²⁸⁷ kan därför ges bäring. Jag vill dock förtydliga att det inte är rätten som system som skapar denna autonomi, utan det är den rättsliga praktiken som bildar ett i någon mån autonomt system. Således är autonomin inte inbyggd i det rättsliga systemet utan snarare inbyggd i den rättsliga praktiken. Om rätten vill frigöra sig från sin autonomi behöver juristprofessionen frigöra sig från uppfattningen om juridiken som något som deskriptivt går att fastställa. Härmed lämnar – om denna vidare frågeställning uttöms – uppsatsen sin forskningsfråga; och därmed lämnar jag frågeställningen. Jag konstaterar endast i ödmjuk stillsamhet att det inte torde finnas något allmänt önskemål om en sådan frigörelse av tingsrätternas praktik.

En praktik som däremot har påbörjat (och kanske till och med avslutat) en sådan frigörelse är den som återfinns i Högsta domstolen. Den under senare år utbredda uppfattningen, och acceptansen av, att domstolen skapar rätt (däribland ett uttalat godkännande av lagstiftaren), torde, på civilrättens område, ha medfört en frigörelse från uppfattningen om att gällande rätt fastställs på ett deskriptivt sätt. Högsta domstolen ser det, idag (om inte förr), därför sannolikt som sin uppgift att inom ramen för sin verksamhet agera rättsvårdande. Jag vill härigenom mena att Högsta domstolen normativt fastställer gällande rätt, och att den därigenom har möjlighet att göra en analys av rättsliga lösningar i

²⁸⁷ Luhmann, 2004 s. 100.

ljuset av dess relation till samhällets mångfald och förändring. Högsta domstolen tar därför, enligt min mening, reell hänsyn i sin dömande verksamhet.

Jag ska nu återkoppla till den litterära ingången till denna uppsats, Kafkas text *Framför lagen*, när jag går vidare i min analys. Kafka beskrev en man som stod framför lagens port men som inte bereddes tillträde att gå in. Frågan jag ställer mig är om det går att se på omständigheter, som möjliggör reell hänsyn, på samma sätt. Derrida skriver att den ”förste dörrvaktaren är den första att se mannen från landet. Den förste i berättelsens ordning är den siste i lagens ordning och i hierarkin av dess företrädare”.²⁸⁸ Om jag tolkar Derridas uttalande för mina egna ändamåls skull, kan den förste i berättelsens ordning (det vill säga den presenterade konflikten) sägas vara tingsrätten. Högsta domstolen är då den siste att presenteras en konflikt – den måste ju först passera den konfliktlösande tingsrätten och den överprövande hovrätten. Den siste i lagens ordning är tingsrätten och den förste i lagens ordning är Högsta domstolen – det är Högsta domstolen som är den främsta uttydaren av rättens innehåll (jfr instansordningsprincipen). Kafkas ord dröjer sig kvar i mitt huvud när jag funderar över denna analys: ”och jag är bara den lägste dörrvaktaren. Från sal till sal står dörrvaktare, den ena mäktigare än den andra. Blotta åsynen av den tredje kan inte ens jag längre uthärda”. Likheten med Kafkas text framstår för mig som tydlig.

En omständighet som ska påverka den positiva rätten genom reell hänsyn, måste ta sig till Högsta domstolen; på grund av de lägre instansernas lojalitet mot rättsstatsvärdena (och därigenom hur deras praktik ser ut) torde reell hänsyn nämligen inte kunna ta sig till den plats där ’omständigheterna’ tar sig in i processen. Härvidlag finns åtminstone tre dörrvaktare; en för varje instans. Som jag tidigare påpekat är det svårt för den som har en konflikt att åberopa rättsutvecklande omständigheter i tingsrätt; det beror på att den rättsliga diskursen gynnar *icke* rättsutvecklande omständigheter. Däremot finns det inga hinder för en i tingsrätt åberopad omständighet att ta sig uppåt i instanserna (förutsatt att prövningstillstånd medges). Om vi nu tänker oss att en konflikt som har full potential till rättslig utveckling står utanför tingsrättens port – sannolikt kommer denna att formas för att passa tingsrättens funktion; vilket leder till att omständigheter med rättsutvecklingspotential (i den mån det är möjligt) skalas bort från stämningsansökan. Den förste dörr-

²⁸⁸ Derrida, 2007 s. 202.

vaktaren har gjort sitt jobb. När målet sedan överklagas och vadeinlagen till hovrätt ska skrivas möter konflikten nästa (än mer skräckinjagande) dörrvaktare. Denne består av preklusionsregeln i RB 50 kap 25 § tredje stycket. Undantagen tillämpas restriktivt och parten måste ha en bra ursäkt för att få åberopa nya omständigheter. Att en omständighet kan bidra till rättsutveckling är inte en giltig ursäkt. På det strukturella planet torde det därför inte vara möjligt att åberopa nya rättsutvecklande omständigheter i hovrätt. När målet sedan överklagas till Högsta domstolen möter konflikten (förutsatt att prövningstillstånd medges) den siste (allra mest skräckinjagande) dörrvaktaren. Denne utgörs av preklusionsregeln i RB 55 kap 13 §. Undantagen tillämpas mycket restriktivt och parten måste ha en riktigt bra ursäkt för att få åberopa nya omständigheter. Att en omständighet kan bidra till rättsutvecklingen är inte heller här en giltig ursäkt, vilket torde innebära att det strukturellt sett inte är möjligt att i Högsta domstolen åberopa nya rättsutvecklande omständigheter.

Jag vill mena att detta leder till att en rättsutvecklande konflikt måste presenteras som just en rättsutvecklande konflikt redan i tingsrätt för att kunna nå Högsta domstolen. Något som, enligt mig, inte rimmar särskilt bra med det agerande som är rationellt för en part. Givet att parternas målrationellitet hämtar sitt innehåll i att de vill vinna sina processer kommer det ju snarare vara rationellt att försöka forma presentationen av konflikter så att de passar väl in i tingsrätternas praktik. Givetvis finns det parter som på förhand bestämt sig för att processa i syfte att driva rättsutvecklingen i viss riktning, och i så fall är det högst rationellt för dem att åberopa rättsutvecklande omständigheter redan i tingsrätten. Dessa torde dock, vad jag förstår, vara sällsynta. En sådan utveckling riskerar också att leda till en slags utomparlamentarisk lobbyism. Om en sådan endast kan bedrivas av de som har kunskap och kapital nog att företräda sina intressen, är utvecklingen enligt min mening ägnad att skapa ojämlikhet på demokratisk grund.²⁸⁹ För att återgå till presentationen av omständigheter inför tingsrätt vill jag avslutningsvis konstatera följande. För att en rättsutvecklande konflikt ska nå Högsta domstolen, och konflikten sam-

²⁸⁹ Detta faller förvisso utanför uppsatsens syfte, men är enligt min mening ett viktigt konstaterande att göra. Kostnaderna för att processa är något som inte tidigare har berörts i uppsatsen, men som alla vet är det inte oväsentliga belopp det handlar om. Dessutom har rättshjälpsinstitutet kraftigt försämrats de senaste decennierna. Detta samlat gör att en ordning som innebär att den rättsutvecklande instansen ligger långt bort från de som processar är ägnad att leda till ojämlikhet på demokratisk grund. Demokratisk grund blir det eftersom lagstiftaren idag delar en del av sin roll med Högsta domstolen; en roll som tidigare (eventuellt) kunde anses ligga endast hos lagstiftaren.

tidigt ska passa in i tingsrätternas rättsliga praktik, måste parterna åberopa bägge typer av omständigheter redan i tingsrätten. Förhållandet kan åskådliggöras med en liknelse av ett krockspel bestående i en bana med tre bågar. Bågarna är uppställda så att det inte är möjligt att driva klotet i en rak linje genom alla tre. För att det ska vara möjligt behöver det placeras ytterligare en port jämte den första, först då uppstår en rak linje genom vilket det är möjligt att driva klotet genom alla bågarna med ett slag. Den rättsliga praktiken kan, med liknelsen i åtanke, sägas placera bågarna så att det inte uppstår en rak linje längs vilken rättsutvecklande omständigheter kan drivas fram till Högsta domstolen; istället måste parterna skapa en extra båge som placeras jämte tingsrättens båge, det vill säga, de måste åberopa omständigheter som inte är relevanta för tingsrättens funktion utifall att de sedan skulle vilja överklaga och där ta upp vad som vore rationellt att åberopa.

Som jag ser det synes den rättsliga praktiken i tingsrätt tillsammans med preklusionsreglernas utformning leda till att rättsutvecklande omständigheter i hög grad lämnas utanför lagens port. Lagens port förefaller vara avpassad för de omständigheter som passar lagen, där "[...] kunde [inga andra] vinna inträde, ty denna ingång [är] bestämd endast för [dem]. Jag går nu och stänger den".²⁹⁰

²⁹⁰ Kafka, *Framför lagen*, översättning Margit Abenius.

6 Iakttagelser och teoretisk utgång

6.1 Slutsats eller iakttagelse (en spegling av mitt egna tänkande?)

I en (rätts)vetenskaplig uppsats som inte följer skråets sedvanliga metodlära, men där frågans utformning och den aktuella utredningen leder mot ett närmande av skråets intressen, hamnar författaren i en prekär situation; går det att dra slutsatser av den analys som gjorts? Med en metod som har fått följa av forskningsobjektet, och med ett forskningsobjekt som är kopplat till författarens egna bild av rätten som system, riskerar en slutsats att endast bli en spegling av författarens egna tänkande. För egen del tror jag därför att en slutsats – i denna uppsats – skulle riskera att förta värdet av den hermeneutiska process som uppsatsen representerar.

Det sägs ibland att en kedja inte är starkare än dess svagaste länk. Om så är fallet bidrar den här uppsatsen inte mycket till det rättsliga vetandet. Jag skulle dock vilja anlägga en annan syn för att skänka liv åt uppsatsens värde. Om hållfastheten, som ordspråket vill ge uttryck för, istället kunde liknas vid en ståltrådsvajer skulle styrkan snarare kunna sägas bestå i mängden trådar som gemensamt bidrar till vajerns motståndskraft. Mot bakgrund av en sådan syn menar jag att den här uppsatsens värde ska förstås. Och mot bakgrund av en sådan syn kan kunskapen som kommer ur uppsatsen förstås som ett bidrag till en mer nyanserad bild av rättsprocessen i ett större sammanhang; uppsatsen har härigenom haft som mål att vara en av rösterna i en rättsvetenskaplig kör – eller en av trådarna i en rättsvetenskaplig ståltrådsvajer – som tillsammans kan ge en bättre förståelse för rättsprocessen som ett rättsligt verktyg. Med en sådan syn följer dock, enligt min mening, att slutsatser – särskilt mot bakgrund av att de skulle komma ur en tillämpad normativ analys – i ordets 'rätta' bemärkelse inte är möjliga. Därför nöjer jag mig med att endast redogöra för några av de mer konkreta iakttagelser – subjektiva eller ej, generaliserbara eller ej – som jag gjort vad gäller uppsatsens frågeställningar.

Jag iakttar att de typer av konflikter som kan bidra till rättslig utveckling är de som antingen ställer domaren inför ett alternativfokuserat (beslutsnivå 3) eller ett alternativskapande (beslutsnivå 4) förhållningssätt. Det förra innebär att domaren måste väga olika ändamåls-, intresse och/eller värdekonflikter mellan olika beslutsalternativ mot varandra,

och att denne sedan måste välja något av dem. I det senare förhållningssättet måste domaren dessutom först skapa de olika alternativen. En konflikt som endast ställer domaren inför frågan, vilken verklighetsbild som ska läggas till grund för domen, bidrar inte till rättslig utveckling. Typiskt sett kommer rättsutvecklande omständigheter inte åberopas i tingsrätt. Preklusionsreglernas utformning innebär därför ett kraftigt hinder för parterna i en process att, i högre rätt, åberopa omständigheter som inte tidigare åberopats i tingsrätt. Detta leder till iakttagelsen att preklusionsreglerna försvårar möjligheten för överrätterna att presenteras för rättsutvecklande omständigheter. I vad mån det i sin tur leder till påverkan på rättssystemets möjligheter att utvecklas låter jag vara osagt; uppsatsen har inte förmått undersöka en sådan generell påverkan. Men *givet att* praxis har en påverkan på rättssystemet i stort, gör jag iakttagelsen att preklusionsreglerna påverkar rättssystemets möjligheter att utvecklas i negativ bemärkelse.

Den noggranne läsaren uppmärksammar att jag ännu inte besvarat en av mina frågeställningar – behövs en ny syn på civilprocessens funktion? Jag vill dock mena att frågans karaktär inte medger ett binärt svar; eller i vart fall att ett sådant inte torde ge något eko i den rättsvetenskapliga doktrinen. Jag tror istället att frågan ges mer heder i en lite friare reflektion, något som följer nedan (i kap 7) efter min teoretiska utgång.

6.2 Teoretisk utgång

Denna del syftar till att uppfylla mitt andra delsyfte i uppsatsen; att undersöka om det med ett systemteoretiskt perspektiv går att förstå hur rättslig utveckling uppstår genom civilprocessen. Det innebär att den läsare som endast intresserat sig för förekomsten av värdet om rättslig utveckling i preklusionsreglerna i högre rätt, inte har någon nytta av en fortsatt läsning.

I syfte att finna likheter och olikheter samt i syfte att undersöka generaliserbarhet följer nedan ett försök att läsa av min teoretiska modell mot de teorier som jag presenterade i avsnitt 3.2.

6.2.1 System, subsystem och kvasisystem...

Om jag tittar på de olika delarna i min teoretiska modell kan jag konstatera att vissa likartade tendenser går att skönja. Delarna kan sägas bestå i *rättssystemet som helhet*, *gällanderättsbeslut* (det rättsliga beslutet) och *beslutsfattande* (kognitiv-normativa processer). Dessa delar uppställer enligt min mening likartade funktioner och kan beskrivas med Luhmanns teori.

Den kognitionspsykologiska förklaringsmodellen för hur beslutsfattande går till beskriver en process bestående i två delar – en kognitiv process och en normativ process. Gällanderättsbeslutet beskrivs likaså i två delar – ett subsumtionsspel bestående i uppfattningen om gällande rätt och åberopade omständigheter. Slutligen kan rättssystemet som helhet sägas bestå i två delar – rättens innehåll och information om den verklighet den ska tillämpas på. *Den kognitiva processen, åberopade omständigheter och verkligheten som rätten ska tillämpas på* utgör respektive systems kognitiva öppenhet. Likaså motsvarar *den normativa processen, uppfattningen om gällande rätt och rättens innehåll* Luhmanns definition av ett normativt (eller operationellt) slutet system. De tre systemen sätter alla upp en binär kod som avgör vad som är relevant respektive icke-relevant i förhållande till deras normativa bestandsdelar. Dessa bestämmer sedan vilken kunskap systemen ska hämta internt respektive externt via den kognitiva öppenheten. Samtliga tre system har således en särskiljande mekanism som ger dem förmåga att beskriva sin egen distinktion mot omgivningen och att själva reglera sin reproduktion – s.k. autopoiesis. Vidare har systemen förmåga att bearbeta mottagen information inom de egna systemen och kan därigenom förändra sina egna normativa uppfattningar – s.k. hypercycles.

För att förstå hur rättssystemet kan bilda ett autopoietiskt system behöver dock, enligt min mening, en socialkonstruktivistisk syn på rätten anläggas. Rätten är skapad av människor och den kan förändras av människor. Eftersom rätten är mänskligt handlande så kan inte en rättsordning som beskrivs som ett objekt, och gällande rätt som något objektivt fastställbart, förklara det utbyte med omgivningen som faktiskt sker; det går alltså inte att förklara rättssystemets öppenhet på detta sätt. För att förstå rättens möjlighet till förståelse om samhället behöver de faktorer som styr öppenheten analyseras. Enligt min mening är det de rättsliga aktörernas handlande som avgör hur och varför gällande rätt tolkas på ett visst sätt. Vilket innebär att rättssystemet består av den rättsliga diskursen –

eller rättare sagt: rättssystemet *är* den rättsliga diskursen. Först då den rättsliga diskursen blir det rättsliga systemet kan den utgöra dess konstitutiva delar. Det är först då som den rättsliga diskursens särskiljningsmekanism kan ses som en binär kod för rättssystemets normativa slutenhet, och det är således först då som rättssystemet kan välja mellan att hämta information internt eller externt. Det är genom en sådan syn på rättssystemet som det kan sägas vara autopoietiskt.

6.2.2 Syntes: gallring: tillägg

Om jag nu fortsättningsvis antar att rättssystemet kan sägas utgöras av denna vidare definition – den rättsliga diskursen – blir det också lättare att förstå varför teorierna om rättens distinktion mot samhället har varierat över tid. Kelsen och Harts uppfattningar om vad rättssystemet består i, är, som nämnts i avsnitt 3.2, i huvudsak ontologiskt förankrade. Rättens ontologi kan måhända sägas bestå av normer, och Kelsen och Hart med flera gjorde försök att bestämma dessa normers bestånd i någon form av legitimerande grundbeståndsdel; för Kelsens del i en *grundnorm* och för Harts del i en *igenkänningsregel*. Även Dworkin använde sig i någon mån av en legitimerande grundbeståndsdel. Domaren Hercules som bestämde vilken information som var rättsligt legitim, var i sin person en sådan grundbeståndsdel (förvisso kan Hercules sägas representera en epistemologisk begränsning av rätten, men min poäng är att Hercules genom sin karaktär symboliserar en begränsning av rätten motsvarande Kelsen och Harts; dock befinner sig Hercules nere vid rättens tillämpning istället för i toppen av normsystemets pyramid). På detta sätt sökte de förklara rättens avgränsning mot samhället. Med hänsyn till mitt antagande att rättssystemet består i den rättsliga diskursen, kan en ontologisk förklaringsmodell för rättens innehåll endast sägas vara ett normativt ställningstagande för vad rättens innehåll bör vara.²⁹¹ Det vill säga ett yttrande som är ägnat att påverka den rättsliga diskursen.

²⁹¹ Invändningen kan dock göras att Harts igenkänningsregel i någon mån var empiriskt grundad, och att han därmed anlade en realistisk (i dess ideologiska bemärkelse) ontologi som grundade sig i faktiskt handlande. Hans positivistiska avgränsning var dock fortfarande normativ, och han sökte ontologiskt legitimera den samlade regelmassan utifrån en ontologiskt fastlagd igenkänningsregel som tog utgångspunkt i rättens epistemologi – en slags rättslig rundgång. Å andra sidan skulle denna rundgång, om jag tolkar Hart välvilligt, kunna sägas vara en analys av den rättsliga diskursen som hade diskursens mening och syfte som utgångspunkt för att förklara den rättsliga diskursen, och att diskursens mening och syfte var konstituerad av dess funktionssätt. Måhända en bakvänd diskursanalys.

Det är istället genom en diskursiv förståelse av rättssystemets epistemologiska beståndsdelar som rättssystemets funktion, enligt min mening, kan förklaras. Detta har såväl Luhmann och Teubner som Tuori försökt göra. Även om de använder sig av till synes helt olika förklaringsmodeller vill jag mena att det finns likheter i de två teorierna; eller snarare att de kan läsas jämte varandra. Att belysa likheterna ryms dock inte inom ramen för denna uppsats, men jag vill ändå peka på vissa delar som kan tala för att teorierna tillsammans kan ge ökad förståelse för rättens diskursiva förmåga. Luhmann och Teubner undersöker rättssystemets yttre gräns och finner en tydlig sådan i den normativa slutenheten. Genom att nyansera deras uppfattning en smula menar jag att gränsen kan komma att omformuleras. Teubner menar att ett system kan vara autopoietiskt i olika hög grad. Jag skulle därför vilja peka på att rättssystemet ställer upp olika diskursiva gränser; lite som en lök går det att skala ner dem och undersöka lager för lager. Vad som är giltig juridisk argumentation varierar beroende av i vilken kontext argumentet formuleras. Som jag skrev i avsnitt 3.3.3.2 varierar till exempel graden av reell hänsyn mellan instanserna; och därigenom varierar vad som är giltig juridisk argumentation. Det finns alltså olika diskursiva gränser som en omständighet behöver ta sig igenom för att nå in i den 'rättsliga kärnan'. Därför menar jag att Luhmann och Teubners teorier kan förstås som horisontella diskursiva fält som släpper in information innanför respektive fält i olika hög grad.

Tuoris teori förklarar rätten i vertikala nivåer som skär genom samhällets horisontella lager. Jag menar att hans förklaringsmodell även skär genom delar av de horisontella fält som Luhmann och Teubners teorier, enligt vad ovan har sagts, bildar. Den vertikala förklaringsmodellen kan enligt vad jag förstår sägas förklara hur utomrättslig information kan ta sig in i rättssystemet; antingen genom rättskulturen eller genom djupstrukturen. Jag ser därför båda dessa typer av förklaringsmodeller som nyttiga för en diskursiv förståelse av rättssystemet. Med Luhmann och Teubners teorier kan förståelse för *vad* som kan ta sig in i det rättsliga systemet uppnås, Tuoris teori ger förståelse för *hur* någonting tar sig in i det rättsliga systemet. Ett försök att jämkä samman teorierna framstår som frestande! Med min teoretiska modell vill jag ytterst preliminärt och trevande försöka lägga till en pusselbit i denna samlade bild. Pusselbiten är ingalunda ny och jag kan därför endast göra anspråk på att ha funnit den, (om ens det). Den kan på sätt och vis sägas

skapa en sådan ideologisk slöja som Lundstedt beskrivit, och som citerats i inledningen av avsnitt 5.3. Nedan avvaras ett stycke till att försöka förklara vad jag menar.

Om den rättsliga diskursen utgör ett autonomt system, hur kan den då förstå sin omgivning? Jag vill mena att det kan förstås om vi antar att den rättsliga diskursen inte är den enda diskurs som påverkar rättens möjligheter att förstå sin omgivning. Det finns, vill jag mena, även andra diskurser i sammanhanget; diskurser som bildar interkommunicerande bryggor mellan rätten och samhället. Över dessa bryggor har 'utomrättsliga' omständigheter möjlighet att ta sig, för att nå den positiva rätten. Det är i denna del jag ser att det blir särskilt relevant att förstå civilprocessen i uppdelningen *positiv rätt*, *gällande rätt ad hoc* och *åberopade omständigheter*. Den rättsliga diskursen yttrar sig i huvudsak om den positiva rätten. Beslut om gällande rätt ad hoc däremot är domstolens rättsliga lösning på ett konkret rättsligt problem. När en sådan lösning skapas möts flera diskurser samtidigt, vilket möjliggör en gemensam processuell diskurs, som har ett annat syfte och mål än den rent rättsliga diskursen; därigenom tvingas deltagarna att förhålla sig till, och förstå, varandra. En domare i en civilprocess kan inte undgå sitt ansvar att komma till en rättslig lösning, och domaren kommer därför försöka förstå den presenterade konflikten. Beroende av hur domaren formulerar sin dom (hur mycket reell hänsyn denne tar) kommer olika hög grad av konfliktsförståelse att – för att använda en teubnersk term – 'irritera' den positiva rätten. Det blir sedan upp till den rättsliga diskursen att avgöra om den kan acceptera irritationen som en reell del av den positiva rätten eller ej. Vad som härmed blir intressant att notera är att sannolikheten att en ny omständighet ska accepteras som en del av den positiva rätten är större om den 'presenteras' i en dom, än om den skulle presenteras i ett annat sammanhang. Detta ger beslutet om gällande rätt ad hoc, till viss del, möjligheten att överbrygga distinktionen samhälle / positiv rätt. Eftersom Högsta domstolen är den rättsliga instans med störst auktoritet och samtidigt den instans som är mest benägen att ta reell hänsyn i sitt dömande, utgör den en viktig sådan interkommunicerande brygga. Eftersom Högsta domstolen i detta avseende samtidigt utgör 'rättens kärna', det innersta lagret i en rättslig lök (för att komma dit måste de andra lagren först skalas bort), är det viktigt att förstå vägarna fram till den. Enligt min mening befinner sig Högsta domstolen, särskilt mot bakgrund av utredningen ovan, bakom en slöja lik den Lundstedt beskrev. Det rör sig inte så mycket om en ideologisk eller metodologisk slöja, men om en strukturell slöja. Strukturell såtillvida att det endast finns bristfälliga vägar fram till Högsta dom-

stolen längs vilka rättsutvecklande omständigheter kan ta sig. Om Högsta domstolen ska vara en brygga mellan rätt och samhälle räcker det nämligen inte att den är beredd att förstå, den måste ges möjlighet att se också.

6.2.3 ... *exit*: Rhizom!

”Allt vi ser kunde vara annorlunda. Allt som vi överhuvudtaget kan beskriva kunde också vara annorlunda. Det finns ingen apriori given tingens ordning.”²⁹²

Det kan framstå som en smula överraskande att det rättsliga systemet och det rättsliga beslutsfattandet kan förklaras på samma sätt som människans kognitiva processer. Att människans kognitiva system är så tätt förknippat med strukturen i sociala system. Det kan leda en att misstänka att jag som författare (och därtill fler med mig) har misstagit det sociala systemets form och struktur för den form och struktur vi har inom oss. Alltså att jag ser vad jag vill (eller kanske snarare: är van vid att) se. Så kan det definitivt vara! Och jag har, genom att förklara mina metodologiska utgångspunkter, försökt lämna det upp till läsaren att avgöra. Men jag vill dock tro att det förhåller sig på ett annat sätt (annars vore ju den här uppsatsen inte annat än en enda lång tautologi av mina egna kognitiva processer).

Alla diskurser/sociala system, däribland det rättsliga, skapas och förändras av människor. Det vore därför inte särskilt konstigt om diskursers funktioner byggs upp på ett liknande sätt som människors kognitiva system. Vad jag menar är, att om människor är vana vid att hämta, sortera och kommunicera information på ett visst sätt, är det då så konstigt om de förhåller sig till sociala system på ett liknande sätt? Jag vill mena att det inte vore det. Genom känslan av tillhörighet inom en diskurs vidgas begreppet *normativt acceptabelt* till att bestå i en grupps uppfattning. Eller kanske rättare: genom att människan underkastar sig det sociala trycket som uppstår inom grupperingar begränsar den sin uppfattning om vad som är normativt acceptabelt till att avse det som är normativt acceptabelt inom den rådande diskursen. På så vis kan en diskurs / ett socialt system inte sägas vara annat än flera samordnade kognitiva mänskliga system som förhåller sig till likadana normer –

²⁹² Wittgenstein, 2005 sats 5.634 s. 103.

det vill säga en kontextberoende intersubjektivitet. Med en sådan syn förefaller det rimligt att diskurser kan förklaras på samma sätt som det mänskliga kognitiva systemet.

Detta leder dock, enligt min mening, den teoretiska utgången in i en filosofisk baklängeskullerbytta. Om vi medvetet försöker göra upp med vårt sätt att tänka; vårt sätt att strukturera och systematisera saker; ja, hela vårt sätt att förstå vår omgivning; kommer omgivningen att förändras då? Om vi istället för att sortera vår kunskap i hierarkiska paradig, exempelvis anlägger ett rhizomatiskt sätt att tänka, om vi alla inom juridiken gör det samtidigt, kommer rättssystemet att förändras då?

7 Avslutande reflektion – mot en nyanserad tanke om civilprocessens funktioner

Inom samhälls- och beteendevetenskaperna har frågan om individuella skillnader i människors beteende förklarats som arv- och/eller miljöbetingade. Vissa har haft uppfattningen att människans beteende avgörs av medfödda egenskaper (arv). Andra har förklarat mänskligt beteende i termer om yttre påverkan. Människan föds enligt dessa som ett oskrivet blad (tabula rasa) vilket sedan byggs på genom personliga erfarenheter i livet (miljö). Sentida forskning talar för att det krävs en blandförståelse för att förklara mänskligt beteende; det vill säga förståelse med utgångspunkt i både arv och miljö. Kan rättssystemet behöva förklaras på ett liknande sätt? Jag vill mena att det är ett av flera möjliga (nödvändiga) sätt. En syn på rätten som monocentrisk, enhetsskapande och koherenssökande innebär en uppfattning om att kunskap om rätten står att finna inom densamma. Rätten kan med denna syn sägas hämta sin kunskap ur sitt arv. En syn på rätten som polycentrisk och polyvalent där kunskap hämtas i ett pluralistiskt samhälle, skapar 'ett' dynamiskt och flexibelt rättssystem. Rätten kan med denna syn sägas hämta sin kunskap i sin omgivande miljö. En fullt ut tillämplad syn åt någondera håll vill jag mena kommer skapa samhälleliga dysfunktioner. Om rättens arv – d.v.s. en inomrättslig analys av rättens innehåll – endast tas i beaktande kommer rätten att bli en sluten bubbla, inte utan extern relevans, men med oavsedd extern påverkan. Om samhället förändras och rätten är oförmögen till detsamma kommer rättens påverkan leda till oavsedda effekter i samhället. Om rätten däremot endast hämtar sitt beteende ur sin miljö blir den rotlös; tanken om en rättsordning som svarar mot samhällsförändringar i syfte att skapa ett bättre samhälle blir övergiven; vi upptäcker till sist att vi slutat prata om rättsnormer, och ersatt det med att endast beskriva samhället.²⁹³ I ett sådant rättssystem så: "[...] blir det inga visioner, [...] blir det inga värderingar, [...] blir det inga drömmar; då blir det inget som är vackert utan allt är bara grå vardag."²⁹⁴

Jag vill mena att det endast är genom en blandförståelse av rätten där såväl arv som miljö tas i beaktande, som rätten kan upprätthålla den politiska viljan om ett bättre samhälle. Endast genom en blandförståelse kan rätten svara mot destruktiva samhällskrafter och därigenom bidra till samhällelig jämlikhet och jämställdhet. Genom en sådan förståelse

²⁹³ Parafras av Teubner, 1992.

²⁹⁴ Göran Persson i Agenda, angående det rådande parlamentariska läget.

kan rätten motverka den samhälleliga orättvisa som annars riskerar att bli inbyggd i dess struktur. Eller som Lindblom uttrycker det, "[v]ad vi demokrater vill ha är en dynamisk, progressiv process i samklang med samhällsutvecklingen, inte en statisk, passiv process som verkar som en broms på utvecklingens hjul".²⁹⁵

I den här uppsatsen anser jag mig ha visat att civilprocessen i låg grad bidrar till att rättens miljö tas i beaktande i frågor om hur den positiva rätten ska förstås. Den rättsliga diskursen i, framförallt, tingsrätt sluter det fält som utgör giltig juridisk argumentation. I de högre instanserna vidgas fältet förvisso, men preklusionsreglernas utformning i högre rätt möjliggör inte för parterna att nyttja detta vidgade fält. Samlat leder det till att de högre instanserna – på det strukturella planet – möts av samma typer av omständigheter som tingsrätterna tidigare mötts av; omständigheter som – återigen på det strukturella planet – har formulerats för tingsrätterna med utgångspunkt i att de ska motsvara den positiva rättens innehåll. Lord Dennings synsätt – "[i]f we never do anything which has not been done before, we shall never get anywhere"²⁹⁶ – kan tyckas självklart, men vid preklusionsreglernas utformning har det alltså inte givits något erkännande.

Givet att min hittillsvarande reflektion är riktig, vad ser jag då för lösning? Jag skulle nog mena att den (i vart fall enligt min mening) mest uppenbara lösningen också är den bästa. Det vill säga att preklusionsreglernas undantagsbestämmelser luckras upp när det gäller möjligheten att åberopa nya rättsutvecklande omständigheter i högre rätt. Lösningen är måhända pragmatisk och fyller kanhända inte funktionen av att direkt gynna något av de två värdena *materiell* eller *formell riktighet*. Men rättegångsbalken består å andra sidan till stor del av just sådana pragmatiska lösningar. För egen del anser jag att tiden då civilprocessen endast skulle uppfylla ett värde är förbi; civilprocessen syftar idag inte endast till att rättens handlingsdirigerande effekt ska få genomslag i samhället. Detta är samhället (och rätten) alldeles för komplext för. Mot bland annat den bakgrunden vill jag mena att civilprocessen måste sträva efter att (åtminstone) vara såväl handlingsdirigerande som konfliktlösande och rättsvårdande på samma gång. Om civilprocessen inte är rättsvårdande riskerar rättssystemet att inte beakta sin miljö, därmed kommer inte avsedd hand-

²⁹⁵ Lindblom, 2000c s. 256.

²⁹⁶ *Parker v. Parker* [1954] All E.R. p. 22

lingsdirigering att åstadkommas i samhället, och i förlängningen kommer rättssystemet även riskera att förlora sin möjlighet att vara konfliktlösande.

Jag anser därför att det bör införas en tredje punkt i RB 50 kap 25 § tredje stycket. Lydel- sen, tillsammans med det inledande stycket, bör vara något i stil med följande. *I mål där förlikning om saken är tillåten får en part i hovrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om den gör sannolikt att omständigheten bidrar till domsto- lens möjligheter att leda rättstillämpningen.* Genom en sådan skrivelse behövs inga ingrepp i den rättsliga rationalitet som präglar processen i tingsrätt. På detta sätt ges merparten av alla tvistemål en lika förutsebar och likabehandlande process som tidigare. Vidare ges parterna möjlighet att åberopa rättsutvecklande omständigheter i den del av processen som det är rationellt för dem att göra så. Slutligen, och kanske mest viktigt, bör skrivelsen leda till att de instanser som är beredda att ta hänsyn till rättens miljö ges möjlighet att göra det.

En sådan lydelse, ett sådant litet tillägg till den i övrigt så omfattande balken, kan enligt min mening göra stor skillnad för civilprocessens potential. Genom en sådan processuell förändring görs det målrationalt för parterna att utmana redan befintlig positiv rätt. Ut- maningen kommer dessutom – till skillnad från rättsliga normer skapade av politiker uti- från hypotetiska och generella typfall – bestå i konkreta, 'verkliga', konflikter; sådant som faktiskt uppstår i samhällslivet. Genom att parterna ges möjlighet att åberopa nya rättsut- vecklande omständigheter i hovrätt blir den positiva rätten kontinuerligt föremål för om- förhandling. Givetvis med hänsyn tagen till ändamålen bakom lagen. Eller kanske mer rätt: genom att den positiva rätten kontinuerligt är föremål för omförhandling ges rätten möjlighet att förverkliga ändamålen bakom lagen. På detta sätt menar jag att rättssyste- met ges möjlighet till självreflektion. Rätten får möjlighet att omförhandla sitt innehåll så att ändamålen med lagen bättre kan få genomslag i ett föränderligt samhälle. Den får alltså möjlighet att beskriva och analysera sitt egna innehåll mot bakgrund av det vetande som samhället inbegriper.

Om vi slutligen återvänder till Lord Denning en sista gång. Jag vet att jag har redogjort för vad han sade. Men jag har inte sagt något om vad han *gjorde* i och med sitt uttalande. Enligt min mening gör Lord Denning en reflektion; en reflektion över rätten. Och det är

precis det som en ändring av preklusionsreglerna kan erbjuda. Balken, processen och rätten ges i denna mening en smula reflexivitet. En stund för självreferens, en stund för kontemplation, en stund för eftertanke.

Källor

Rättsfall

- NJA 1984 s. 733.
- NJA 1995 s. 610.
- NJA 1999 s. 520.
- NJA 2001 s. 155.
- NJA 2004 s. 874.
- NJA 2010 s. 752.
- NJA 2011 s. 718.
- NJA 2011 s. 843.
- NJA 2014 s. 332.
- Engelska Court of Appeal: *Parker v. Parker* [1954].

Svenskt offentligt tryck

- Betänkande 2004/05:JuU29, *En modernare rättegång*.
- Ds 2001:36, *Hovrättsprocessen i framtiden*.
- Promemoria, *En modernare rättegång – Hovrättsprocessen*. Utgiven av Svea hovrätt, 2010-12-01.
- Proposition 2004/05:131, *En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol*.
- Proposition 1988/89:95, *Om ändringar i rättegångsbalken m.m.*
- Proposition 1988/89:78, *om högsta domstolen och rättsbildningen*.
- Proposition 1983/84:78, *om ändringar i rättegångsbalken m.m.*
- Proposition 1973:87, *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om rättegången i tvistemål om mindre värden, m.m.*
- Proposition 1971:45, *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken, m.m.*
- Proposition 1915:4, *Med förslag till lag om ändrad lydelse av 30 kap. rättegångsbalken*.
- SOU 2013:17, *Brottmålsprocessen*.
- SOU 2012:93, *En modernare rättegång II*.
- SOU 1986:1, *Översyn av rättegångsbalken*.

-
- SOU 1974:83 *Generalklausul inom förmögenhetsrätten*.
 - SOU 1938:44 *Processlagsberedningens förslag till ny rättegångsbalk II motiv m.m.*

Artiklar i boksamlingar

- Andersson, Håkan. (2007). "Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion" i Wahlgren, Peter (red), *Allmän rättslära – Rättsteoretiska seminarier 2006/07*. Stockholm: Jure Förlag.
- Derrida, Jacques. (2007). "Framför lagen" i Derrida, Jacques (red), *Apoteket*. Lund: AB Propexus.
- Glavå, Mats och Petrusson, Ulf. (2002). "Illusionen om rätten! – Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna" i Askeland, Bjarte och Bernt, Jan Fridthjof (red), *Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet (1954-2000)*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Gräns, Minna. (2006). "Om interaktiv rättsdogmatik" i Gräns, Minna och Westerlund, Staffan (red), *Interaktiv rättsvetenskap – En antologi*. Uppsala: Universitetsstryckeriet.
- Kleineman, Jan. (2013). "Rättsdogmatisk metod" i Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red), *Juridikens metodlära*. Lund: Studentlitteratur AB.
- Lindblom, Per Henrik. (2003). "Processens arkitektur – jakten på det slutliga berisemat i ett funkishus med flera våningar" i Andersson, Torbjörn och Lindell, Bengt (red), *Vänbok till Torleif Bylund*. Uppsala: Författarna och Iustus Förlag AB.
- Lindblom, Per Henrik. (2000a). "Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar" i Lindblom, Per Henrik (red), *Progressiv process – spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*. Uppsala: Iustus Förlag.
- Lindblom, Per Henrik. (2000b). "Processens funktioner – en resa i gränslandet" i Lindblom, Per Henrik (red), *Progressiv process – spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*. Uppsala: Iustus Förlag.
- Luhmann, Niklas. (1988). "The Unity of the Legal System" i Teubner, Gunther (red), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: Gruyter.
- Munck, Johan. (2014). "Högsta domstolen som normbildare" i Wersäll, Fredrik m. fl. (red), *Svea Hovrätt 400 år*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Svanaeus, Fredrik. (2009). "En inledning till ämnet och boken" i Bornemark, Jonna och Svanaeus, Fredrik (red), *Vad är praktisk kunskap?*. Huddinge: Södertörns hög-

skola.

- Tolonen, Hannu. (2003). ”*Otto Bruisiiin and The Problem of Law and Society*” i Fogelklou, Anders och Spaak, Torben (red), *Festskrift till Åke Frändberg*. Göteborg: Författarna och Iustus Förlag AB.
- Teubner, Gunther. (1993). ”*Law – A Hypercycle?*” i Teubner, Gunther (red), *Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Teubner, Gunther. (1988). ”*Closure and Openness: On Reality in the Worl of Law*” i Teubner, Gunther (red), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: Gruyter.

Artiklar i tidskrifter

- Bengtsson, Bertil. (SvJT 2014 s. 431). ”*Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten*” i Svensk Juristtidning.
- Deleuze, Gilles. (1998). ”*Postskriptum om kontrollsambällena*” i Nomadologin (Skriftserien Kairos 4). Stockholm: Konsthögskolan.
- Eka, Anders. (SvJT 2009 s. 382). ”*Grundlagsutredningen, domstolarna och normkontrollen*” i Svensk Juristtidning s. 382-395.
- Fitger, Peter. (SvJT 2008 s. 453). ”*Förhållandet mellan tingsrätts- och hovrättsprocess*” i Svensk Juristtidning.
- Fura, Elisabet. (SvJT 2014 s. 101). ”*En offensiv Högsta domstol – en kommentar*” i Svensk Juristtidning.
- Gregow, Torkel. (SvJT 1997 s. 808). ”*Några synpunkter på mål och ärenden i Högsta domstolen*” i Svensk Juristtidning.
- Gustafsson, Håkan och Vinthagen, Stellan. (2010). ”*Rättens rörelser och rörelsernas rätt*” i Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR 2010-05-04).
- Hellberg, Hans och Knutsson, Tom. (2003). ”*Högsta domstolen och prejudikatbildningen*” i Advokaten, årgång 69, nr 4.
- Hellner, Jan. (SvJT 1995 s. 855). ”*Litteratur*” i Svensk Juristtidning.
- Koskelo, Pauline. (SvJT 2014 s. 619). ”*Domare, Lagstiftare och professorer*” i Svensk Juristtidning.
- Lindblom, Per Henrik. (SvJT 2004 s. 229). ”*Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?*” i Svensk Juristtidning.

- Mattsson, Dag. (SvJT 2014 s. 587). "*Domarens makt – domarrollen i ett nytt rättsligt landskap*" i Svensk Juristtidning.
- Nordh, Robert. (2013). "*Det mest betydelsefulla verktyget vid bevisvärdering är trots allt domarens intuition*" i Dagens Juridik (2013-09-02).
- Pålsson, Robert. (1998). "*Intuition och rättfärdigande i skatterätten*" i Skattenytt (SN 1998 s. 541).
- Ramberg, Anne. (2014). "*Behovet av en normativ blåslampa*" i Advokaten, nr 3, årgång 80.
- Sandgren, Claes. (2005a). "*Debatt, är rättsdogmatiken dogmatisk?*" i Tidsskrift for Rettsvitenskap 4/5.
- Sandgren, Claes. (2005b). "Om teoribildning och rättsvetenskap" i Juridisk Tidskrift, vol. 16, nr 2, s. 297-333.
- Schultz, Mårten. (SvJT 2014 s. 105). "*Juristen i elfenbenstornet*".
- Simon, Daniel. (1998-1999). "*Psychological model of judicial decision making*" i Rutgers Law Journal, 30.
- Teubner, Gunther. (1992). "*The two faces of Janus: rethinking legal pluralism*" i Cardozo law review, vol. 13, nr 5.
- Teubner, Gunther. (1983), "*Substantive and reflexive elements in modern law*" i Law & Society Review, vol. 17.
- Tuori, Kaarlo. (2003). "Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket anna(sic!))" i Tidsskrift for Rettsvitenskap nr 3.
- Töllborg, Dennis. (1988). "*Turen favoriserar det öppna sinnet*" i Retfaerd nr 43.
- Wersäll, Fredrik. (SvJT 2014 s. 1). "*En offensiv högsta domstol. Några reflektioner kring HÖGSTA DOMSTOLEN:s rättsbildning*" i Svensk Juristtidning.
- Wiklund, Ola. (SvJT 2014 s. 335). "*Om Högsta domstolens rättskapande verksamhet – löper domstolen amok?*" i Svensk Juristtidning.

Oppublicerade artiklar

- Jivegård, David. (2014). *Att repa upp en(betens) väv*. opublicerad artikel. (I bilaga nedan).

Övrig litteratur

- Attwooll, Elspeth. (1997). *The Tapestry of the Law: Scotland, legal culture and legal theory*. Glasgow: Springer Science & Business Media.
- Badersten, Björn och Gustavsson, Jakob. (2010). *Vad är statsvetenskap – om undran inför politiken*. Lund: Studentlitteratur AB.
- Borgeke, Martin och Sterzel, Georg. (2009). *Studier rörande påföljdspraxis m.m.* Stockholm: Jure Förlag AB.
- Bladini, Moa. (2013). *I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*, Göteborg: Makadam Förlag.
- Bruncevic, Merima. (2014). *Fixing the shadows – Access to art and the legal concept of cultural commons*. Göteborg: Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.
- Deleuze, Gilles och Guattari, Felix. (1988). *A thousand plateaus – capitalism & schizophrenia*. London: Athlone.
- Eckhoffs, Torstein och Sundby, Nils Kristian. (1991). *Rettsystemer – Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*. Oslo: Tano, uppl. 2.
- Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik. (2008). *Rättegång – första häftet*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Foucault, Michel. (1973). *Vansinnets historia under den klassiska epoken*. Stockholm: Albin Bonniers boktryckeri.
- Foucault, Michel. (2003a). *Abnormal. Lectures at the Collège de France 1974-75*. New York; Picador.
- Foucault, Michel. (2003b). *Övervakning och straff*. Lund; Arkiv förlag.
- Foucault, Michel. (1993). *Diskursens ordning: installationsföreläsning vid Collège de France den 2 december 1970*. Stockholm: B Östlings Bokförlag.
- Foucault, Michel. (1987). *Övervakning och straff*. Lund: Arkiv.
- Gräns, Minna. (2013). *Decisio Juris*. Uppsala: Författarna och Iustus Förlag.
- Gustafsson, Håkan. (2011). *Dissens – Om det rättsliga vetandet*. Göteborg: Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.

-
- Gustafsson, Håkan. (2002) *Rättens polyvalens, rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*. Lund: Media-Tryck.
 - Hydén, Håkan. (2002a). *Normvetenskap*. Lund: Sociologiska institutionen, Lunds universitet
 - Hydén, Håkan. (2002b). *Rättssociologi som rättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur.
 - Hydén, Håkan. (1984). *Ram eller lag? – Om ramlagstiftning och samhällsorganisation*. Stockholm: Liber.
 - Hydén, Håkan. (1978). *Rättens samhälleliga funktioner*. Lund: Studentlitteratur.
 - Hörnqvist, Magnus. (2012). *En annan Foucault – Maktens problematik*, Stockholm: Carlssons Bokförlag.
 - Jönhill, J I. (1997). *Samhället som system och dess ekologiska omvärld – En studie i Niklas Luhmanns sociologiska systemteori*. Lund: Sociologiska institutionen, Lunds universitet.
 - Lindblom, Per Henrik. (2000c). *Progressiv process – spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*. Uppsala: Iustus Förlag.
 - Lindell, Bengt. (2012). *Civilprocessen – Rättegång samt skiljeförfarande och medling*. Uppsala: Iustus Förlag, uppl. 3.
 - Lindell, Bengt. (2007). *Notoritet och kontradiktion*. Stockholm: Iustus Förlag.
 - Lindell, Bengt. (1993) *Processuell preklusion – av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, Göteborg: Norstedts Juridik.
 - Luhmann, Niklas. (2004). *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press.
 - Lundstedt, Vilhelm. (1942). *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget: sju föreläsningar samt efterskrift*. Stockholm: Geber.
 - Mathiesen, Thomas. (2005). *Rätten i samhället*. Malmö: Författaren och studentlitteratur.
 - Mouffe, Chantall. (2013). *Hegemony, radical democracy and the political*. New York: Routledge.
 - Munck, Johan och Welamson, Lars. (2011). *Processen i hovrätt och högsta domstolen – Rättegång VI*. Stockholm uppl. 4: Norstedts Juridik AB.
 - Nordh, Roberth. (2012). *Praktisk process I – Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.* Uppsala: Iustus Förlag AB, tredje upplagan.

- Peczenik, Aleksander. (1995a) *Juridikens teori och metod*. Stockholm: Fritzes Förlag AB.
- Peczenik, Aleksander. (1995b). *Vad är rätt – Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Göteborg: Fritzes Förlag.
- Peczenik, Aleksander. (1980). *Juridikens metodproblem*. Stockholm: Almqvist & Wiksell Förlag AB.
- Pålsson, Robert. (2005). *Hunden klockan tre och fjorton. Rapport från juridikens tankevärld*. Uppsala: Iustus Förlag.
- Ross, Alf. (1953). *Om ret og retfærdighed*. Köpenhamn: Nyt nordisk forlag Arnold Busck.
- Svensson, Eva-Maria. (1997) *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*. Stockholm: Iustus Förlag.
- Strömberg, Tore. (2011). *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*. Lund: Studentlitteratur AB, uppl. 3.
- Strömholm, Stig. (1996). *Rätt, rättskällor och rättstillämpning : En lärobok i allmän rättslära*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Ställvik, Olof. (2009). *Domarrollen – Rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Uppsala: Jure förlag AB.
- Tuori, Kaarlo. (2002). *Critical Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate.
- Töllborg, Dennis. (1986). *Personalkontroll – En ideologikritisk studie kring den svenska personalkungörelsen*. Stockholm/Lund: Symposium Bokförlag & Tryckeri AB.
- Wilhelmsson, Thomas. (2001). *Senmodern ansvarsrätt – Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Finland: Iustus Förlag.
- Wittgenstein, Ludwig. (1992). *Tractatus logico-philosophicus*. Stockholm: Thales.

Internet

- Habermas, Jürgen. (1973). *A postscript to Knowledge and Human interests*.
Hämtat från: <http://pos.sagepub.com/content/3/1/157>. 2014-12-08 kl 15:05.

TV-program

- Agenda, 2014-12-14.

Bilaga

Att repa upp en(hetens) väv

– en tes om demokratiska ideal och rättslig närhet

Av David Jivegård

Inledning

Rätten har påstått behöva transformeras till en kameleon:¹

Den här artikeln bygger på en närläsning av en nyligen avkunnad dom från Högsta Domstolen, där jag anser att rätten kommer till ett bra² domslut. Målet rör en tvist mellan staten och fiskare i Torne älv. Fiskarna hade ålagts rådighetsinskränkningar i sin rätt att fiska lax och laxöring, vilket för fiskarna blivit mycket begränsande; de hade, till skillnad från de flesta andra fiskare som kan välja en annan del av havet att fiska i, varit beroende av älven för sin utkomst. Högsta domstolen ”finner” i domen att fiskarna ska ha rätt till expropriationsersättning, och det är *hur* domstolen finner detta som är föremål för denna artikel.

Jag identifierar att domstolen tog utgångspunkt i den *kontext* som fiskarna befann sig i; den konstaterade att rådighetsinskränkningen hade blivit mycket ingripande för fiskarnas leverne och att de dessutom kunde *förvänta sig* att staten skulle ta ansvar för den förlusten. För att domstolen skulle kunna använda det kontextuella angreppssättet behövde den öppna upp de normer (och därigenom öppna upp den epistemologi) som den skulle tillämpa. Domstolen valde därför att inte direkt tillämpa ”den gällande rätten”, istället ”fann” den ”en allmän rättsgrundsats”, som kan sägas påverka den rättsliga regleringen, som kunde ge fiskarna rätt till ersättning; domstolen behandlade rätten som (i någon mån) normativt öppen. Därmed hade domstolen möjlighet att ta hänsyn till fiskarnas kontext och fann att de hade rätt till ersättning.

Efter min närläsning konstaterar jag att man kan systematisera och karaktärisera domstolens rättsskapande i tre plåtar: en kontextuell plåt som tar hänsyn till parternas position, vari domstolen söker bilda sig en uppfattning av vilka *konstituerande normer* parterna har handlat efter. För att möjliggöra detta behövde domstolen hämta normer utanför de traditionella rättskällorna, och den hämtade därför normer i något som kan systematiseras i ytterligare två plåtar: en plåt där domstolen identifierar de *värden som ligger till grund för normkomplexet* (värdeplåtan), och en plåt som består av *själva*

¹ Sousa Santos 1987.

² Ett normativt omdöme som jag i det följande ska argumentera för.

normkomplexet (normplatan). De två plåtarna *samverkar* och ger gemensamt en grund för domstolen att skapa *en riktning* i vilken den ska döma. Värdeplanet ger domstolen möjlighet att mer fritt, men med ett demokratiskt syfte, välja vad som ska utgöra en värdekälla. Normplanet däremot tillämpar de klassiska normkällorna.

Domstolen måste, för att kunna göra en kontextuell bedömning, öppna upp den epistemologi som ligger till grund för den klassiska rättskällevärdet. Den måste också slå sig fri från förlegade sanningsideal.

Därför ska jag i det följande behandla sanningsideal och i någon mån även källor till kunskap.

Genesis

Och Nietzsche sade: sanning är ett utflöde av trötthet³ och nödvändighet⁴.⁵ Jag tolkar detta som att den trötthet som (fullständigt) kunskapsinhämtande medför och den nödvändighet som finns av att fatta ett beslut, leder till att människan till slut nöjer sig och (bara) beslutar något.

”Vägen går genom mänskliga hjärnor!”⁶ De orden ger enligt min mening uttryck för att sanning är ett beslut grundat på de fakta som har uppfattats och de värden som är viktiga för den som fattar beslutet, vilket i så fall bildar en s k kontingent sanning. Översatt till juridiken kan ett rättsligt besluts innehåll sägas vara beroende av uppfatt-

³ Nietzsche 2005b:509f. ”Redan detta kostar henne [människan] möda, att för sig själv tillstå att insekten eller fågeln kan uppfatta en helt annan värld än människan och att frågan, vilken av de båda världsperceptionerna som är den riktigaste, är helt meningslös, eftersom man till detta behöver den *riktiga perceptionens* måttstock, det vill säga en måttstock som *inte finns*”.

⁴ Nietzsche 2005b:510. ”Själva förhållandet mellan en nervretning och den producerade bilden är i och för sig ingenting nödvändigt: men om samma bild produceras miljoner gånger och går i arv genom många generationer, ja till sist uppträder hos hela mänskligheten och alltid av samma anledning, så får den till slut samma betydelse som om den vore den enda nödvändiga bilden och som om detta förhållande mellan den ursprungliga nervretningen och den producerade bilden vore ett strängt kausalitetsförhållande; liksom en dröm, evigt upprepad, säkert skulle bli uppfattad och bedömd som verklighet. Men att en metafor hårdnar och stelnar garanterar för ingen del denna metafors nödvändighet och ensamrätt”.

⁵ *En händelse*: människan uppfattar händelsen (första metaforen), människan klär händelsen i ord (andra metaforen), hon förmedlar händelsen (tredje metaforen), någon uppfattar det hon förmedlar (fjärde metaforen), osv. Jfr Nietzsche 2005b:501-514.

⁶ Jfr Nietzsche 2005a:472.

ningen om relevant kunskap (epistemologiska föreställningar) och de rationaliteter som ges företräde i det rättsliga paradigmet.

Uppfattningen om en existerande sanning inom rätten, och då speciellt med en rättsdogmatisk syn, kan sägas vara behäftad med två problem. Det första problemet består i att rätten tror sig värdera verkligheten, när den i själva verket utvärderar påståenden om verkligheten; en hegemonisk sanning väljs ut bland flera kontingenta sanningar.⁷ Det andra problemet består i att den av rätten valda sanningen påstås korrespondera mot ett *enda* rättsligt svar som rätten härleder ur en *enhetlig* koherent normmassa.

Utan en utsaga om en händelse kan rätten inte ha någon uppfattning om händelsen. Varje människa har sin egen perception, och eftersom utsagor är beståndsdelar av mänskligt språk⁸ och då dessa är mänskliga skapelser är utsagan endast en (kontingent) sanning – eller uppfattning (perception) – av flera möjliga. Sanningen, eller riktigheten, i någonting skapas därför av rätten (inom rätten); riktigheten i någonting korresponderar således inte mot verkligheten utan mot beskrivningen av verkligheten.⁹ Rättens uppgift är att antingen välja en presenterad kontingent sanning eller att konstruera en egen utifrån anförda påståenden om verkligheten; det rätten beslutar bildar en (hegemonisk) sanning.¹⁰

Utifrån den sanning som rätten *skapat* ska rätten sedan identifiera den (enda) rättsliga lösningen. Den rättsliga lösningen förutsätts existera – i vart fall med en klassisk rättsdogmatisk, rättspositivistisk eller skandinavisk rättsrealistisk¹¹ syn – inom (huvudsakligen) fyra källor till kunskap: författning, förarbete, praxis och rättsvetenskaplig doktrin: rättskällevärdet.

⁷ Rätten gör ingen åtskillnad mellan påståendet att världen är där ute och påståendet att sanningen är där ute. Se Rorty 2008:21.

⁸ Nietzsche 2005b:505. ”Vad är ett ord? avbildningen av en nervretning i ljud. Men att av nervretningen sluta sig vidare till en orsak utanför oss, är redan ett resultat av en felaktig och oberättigad användning av orsaksbegreppet”.

⁹ Rorty 2008:21. Jfr även Foucault 2008:61.

¹⁰ Jfr Foucault 2008:37f och 61.

¹¹ Notera framförallt den skandinaviska rättsrealismens uppdelning mellan rättsvetenskapens och domarkårens förhållningssätt till rätten. Domarkåren ska förvisso ta hänsyn till sig själv som aktör, men dennes syfte är normativt, till yttermera visso rättsskapande, men ur statens normer härledd. Se Petrusson 1999:16f.

Ofråkomligen leder denna förutsatta process, först utrönandet av sanning, sedan utrönandet av den rättsliga lösningen, till en växelverkan mellan fakta och norm. Ty, rätten söker sanningen med utgångspunkt i den verklighet som normerna förutsätts tillämpas på; rättskällorna blir därför den lins genom vilken rätten betraktar den kontingenta sanningen. Rätten blir därigenom vad man kan kalla normativt sluten; och genom dess normativa slutenhet underkänns de påståenden som inte är av rättslig relevans. Rätten är således endast delvis kognitivt öppen (i någon mån operationellt sluten¹²).¹³

Således blir den bild som beskriver verkligheten beroende av de värden som ska ligga till grund för rättens beslut om utgången i ett mål. Rättens förståelse av verkligheten blir knuten till vilka källor den har till kunskap.¹⁴ Och eftersom den klassiska rättskälleläran bygger på en sluten lista över källor till kunskap får rätten, enligt min mening, problem med att förstå sin omvärld.¹⁵

Den ”riktiga” uppfattningen – sanningen (perceptionen) – om någonting blir alltså beroende av vem som bestämmer om den. Beroende av vilken kunskap den beslutande personen har tillgänglig och vilka värden som styr beslutsfattandet kan den komma till olika utgångar om vad som är det riktiga beslutet (kontingenta sanningar). För att domstolen ska kunna ha tillgång till så mycket kunskap som möjligt behöver den ha en bredare syn på vilka värden som styr dess beslutsfattande – den behöver öppna sitt paradigm för att ta in fler rationaliteter. Rättslig förståelse kan således sägas formas i mötet mellan olika ”förståelsehorisonter”. Två av dessa tillhör parterna, och en tredje tillhör rätten (egentligen flera: en för varje domare); för att förståelse ska uppnås krävs en horisontsammansmältning.¹⁶ Det är därför som jag identifierar att domstolen använder sig av en källa till kunskap som kan karaktäriseras som en värdeplåtå som är normativt öppen och som samverkar med en normativt sluten normplåtå; domstolen behöver på så sätt inte sortera sin kunskap i rättslig respektive icke-

¹² Jfr Luhmann 2004:76-141.

¹³ Jfr Teubner 1993:kap 3.

¹⁴ Cotterrell som menar att rätten, eller den rättsliga diskursen, gör anspråk på att kunna ge en sann beskrivning av verkligheten. Jfr Cotterrell 1998.

¹⁵ En uppfattning som jag ingalunda är ensam om. Exempelvis anför Gustafsson ett liknande resonemang. Gustafsson 2002:119.

¹⁶ Svaneus 2009:21f.

rättslig (i lika stor utsträckning) och skapar därigenom en större kunskapsbas (och en större möjlighet till horisontsammansmältning).

Om man nu accepterar att rätten skapar sanningar snarare än upptäcker dem; och om man accepterar att det är fullt möjligt för rätten att i en och samma händelse fatta flera värderande beslut som alla kan göra anspråk på att vara riktiga, *vilket beslut ska rätten i så fall välja?* Jag vill mena att rätten ska bygga en så stor kunskapsbas som möjligt och sedan välja det normativt, kontingent riktiga, beslut som – med hänsyn tagen till faktorer grundade i självskapelse och självuppfyllelse – ligger så nära parterna som möjligt. Det vill säga att rätten låter kontexten konstituera parternas rättsliga position.

Kontextualitet

Att prata om sanningar såsom skapade, och att det kan finnas flera sanningar i en och samma fråga samtidigt, gör att (traditionella – moderna –) demokratiska ideal kan uppfattas som problematiska.¹⁷ Jag vill dock, i likhet med Richard Rorty, framhålla att demokratibegreppet kan vara fullt legitimt. Om än med vissa förändringar i de värden som det tidigare burits upp av.

Den moderna demokrati som styr flertalet av de västerländska nationalstaterna bygger i grunden på värderingar sprungna ur upplysningstidens ideal, där begrepp som sanning, rationalitet och moralisk förpliktelse är av stor betydelse.¹⁸ Det blir med hänsyn tagen till att sanningar skapas (och är kontingenta) problematiskt att prata om sådana ideal.¹⁹ Istället menar Rorty, där jag instämmer, att demokratin kan vila på ideal som självuppfyllelse och självskapelse;²⁰ att vi kan byta ut sanning, rationalitet

¹⁷ Hayek 1983:46. Hayek menar att "[k]unskap [endast] existerar [...] i form av individuell kunskap. Att tala om samhällets kunskap som en helhet är inte mer än en metafor. Summan av all individuell kunskap existerar inte någonstans som integrerad helhet. Det stora problemet är hur vi alla ska kunna dra nytta av denna kunskap som endast existerar utspridd som separata, ofullständiga och ibland motstridiga övertygelser hos alla människor".

¹⁸ Rorty 2008:62.

¹⁹ Rationalitet och moralisk förpliktelse korrelerar mot sanning. Om sanning inte finns (som humanistiskt vetande) vad ska då rationaliteten söka utröna? likaså med moral, om ingen sanning kan sägas finnas, vad är då moral?

²⁰ Se dock Gustafsson 2011:14f, där han hänvisar till Foucault och Deleuze och skriver att: "[n]ormmakten blir en prestationsambition hos individen och därigenom skapas en process där individen självmant anpassar sig till normen [...]. Ett exempel på detta är hur vi anpassar oss till vissa moden och trender – det vi upplever som norm – och hur vi då belönas med omdömen som 'god smak' etc.

(och förnuft) och moralisk förpliktelse mot ambitionen om att chanserna att förverkliga våra preferenser ska vara lika för alla.²¹

Givet det faktum att det demokratiska styret inte bör syfta till att finna en sanning via ett förnuft, utan till att människor genom att uttrycka sina preferenser ges möjlighet att förverkliga sig själva, öppnas nya värden för vad som ska prioriteras i en demokrati. Ett samhälle byggt på de gamla värdena förnuft, sanning och moralisk förpliktelse kännetecknas i stor grad av centralism, storskalighet och tilltro till byråkratisk rationalitet; då värdena som bär upp demokratin bytts ut innebär det också en annan syn på statens roll. Eftersom staten ska styras med utgångspunkt i medborgares kontingenta preferenser minskar behovet av centralism och storskalighet, då detta snarare leder till minskad effektivitet och acceptans. Intressant för ett samhälle vars styre bygger på självskapelse och självuppfyllelse blir istället att lägga fokus på individuella angelägenheter; därigenom uppstår behovet av decentralisering av makten – dvs att makt och beslut ska komma närmre medborgarna (en preferensbaserad subsidiaritetsprincip).

Eftersom medborgares preferenser inte är geografiskt bestämda – utan individuellt bestämda – uppstår problem med att låta beslut vandra genom ett parlament för att ges generell tillämpbarhet.²² Individen blir med detta synsätt den största möjliga gemensamma nämnaren:²³ exempelvis är individen inte enbart en VD med feministiska

[...] När diskursens makt fungerar är vi alla normpoliser och bevakar varandra. Deleuze, som alltså bygger vidare på Foucault, menar att vi idag lever i ett samhälle som präglas av 'kontinuerlig kontroll' eftersom disciplineringen inte längre utvecklas i vissa institutioner utan har spridits in i alla sociala sammanhang". Gustafsson verkar närmast mena att människans fria vilja i princip skulle vara utradad. I förhållande till mina tankar om självskapelse och självuppfyllelse är detta, givet att Deleuze har rätt, synnerligen problematiskt. Å andra sidan är i så fall Deleuze påstående lika sant angående den demokrati som bygger på "upplysningideal" – en sådan demokrati är offer för samma problematik. Ska vi låta det rådande omöjliggöra det eftersträvansvärda? Nej. Det ankommer givetvis inte på den teori som anförs i denna artikel att återuppfinna den fria viljan, men den bereder i vart fall jordmån för den samma!

²¹ Se Rorty 2008:71.

²² Jfr härom Foucault 2008:51.

²³ Än mindre än ett "blad" låter sig karaktäriseras som blad låter sig en människa karaktäriseras som en homogen del i en grupp av människor. Individer är alltför mångfacetterade för att låta sig kategoriseras som en grupp, istället bör de (om de ska kategoriseras alls) kategoriseras efter varje enskild preferens. Individen blir således den största möjliga (om än det?) gemensamma nämnaren. Nietzsche 2005b:507 noterar detta och skriver: "Låt oss särskilt tänka på bildandet av begreppen. Varje ord blir begrepp just

åsikter och ett stort intresse för fotboll – hon är mamma också. Istället är det av intresse att låta de individer som delar preferenser med varandra få leva efter dessa preferenser (eller leva efter de preferenser som de delar), medan de som delar andra preferenser får leva efter sina – allt i syfte att uppfylla människors behov av självskapelse och självuppfyllelse (ett postmodernt preferensideal).

En offentlig, central, makt som använder universella sanningsbegrepp kommer att förtrycka de individuella preferenserna; makten koloniserar – genom normalisering – individers livsvärld (det vill säga deras möjligheter till självuppfyllelse och självskapelse).²⁴ Således uppstår ett behov av en rättsordning som förmår ta hänsyn till en decentraliserad maktordning. Och därför måste det gamla metanarrativet²⁵ ersättas med en ökad beredvillighet att leva med pluralitet, detta kräver ett upphörande av kravet på universell giltighet.²⁶ Det är på detta sätt jag menar att rätten ska förverkliga demokratin – genom att vara demokratin. Genom att rätten medger att de inblandade parternas preferenser får inverkan på det utfall som kommer ur den rättsliga processen – genom att vara kontextuell – accepterar rätten en decentralisering av makten som tar hänsyn till människors önskan till självskapelse och självuppfyllelse.

Genom att betrakta sanningar som kontingenta öppnas alltså möjligheten till flera parallellt legitima beslut; och genom att syftet med demokratin är självuppfyllelse och

genom att det inte skall tjäna som erinran om den unika, helt och hållet individualiserade urupplevelse, för vilken den har sin uppkomst att tacka, utan samtidigt måste passa in på otaliga, mer eller mindre liknande, det vill säga strängt taget aldrig lika, alltså på idel olika fall. Varje begrepp uppstår genom likställande av olikheter. Lika säkert som det är att ett blad aldrig är helt likt ett annat, lika säkert har begreppet blad bildats genom att man godtyckligt låtit dessa individuella olikheter falla, glömt bort det skiljande, och väcker nu föreställningen, att det i naturen finns någonting utom bladen som vore 'blad', kanske en urform, efter vilken alla blad vore vävda, tecknade, mätta, färgade, krusade, målade, men av oskickliga händer, så att inget exemplar hade utfallit korrekt och tillförlitligt som trogen avbild av urformen. [...] Vi vet ju ingenting om en väsenskvalitet som skulle heta 'hederligheten', men väl om talrika individualiserade, följaktligen olika handlingar, som vi likställer genom att utelämna det olika och nu beteckna som hederliga handlingar; till sist betecknar vi dem en *qualitas occulta* med namnet 'hederligheten'".

²⁴ Se Foucaults resonemang kring att "själen är kroppens fängelse" och kring den centrala maktens normaliserande och koloniserande verkan på människor. Foucault 2003:29ff.

²⁵ Uttrycket är ursprungligen introducerat i Lyotard 1984:8, och syftar på de stora teorier som hänvisar till universella svar; Jfr också Lyotard 1988:140 där han menade att "[h]eterogeneity makes consensus impossible" eftersom konsensus bara är "a particular state of discussion, [...] not its end".

²⁶ Rorty 2008:84.

självskapelse blir det naturligt att välja det beslut som ligger närmst parterna – det kontextuella beslutet. Det möjliggörs genom en polyvalent värdeplatå (se platå 2 nedan) och en polycentrisk kontextuell platå (se platå 4 nedan)(vilket leder till en öppnare epistemologi, vilket i sin tur leder till godare förutsättningar för horisontsammansmältningar). I min analys av ovan nämnda rättsfall har jag dekonstruerat rättens överväganden i ett rhizomatiskt mönster i syfte att bättre förklara hur rätten fungerar; det presenteras nedan. Först ska något sägas om uppdelningen i platåer och hur de ”kommunicerar” med varandra.²⁷

något om platåer...

En platå kan, för en analys skull, vara ett avgränsat koncept bestående i ett territorium av linjer (rörelser, perceptioner, idéer). Det sker alltid en deterritorialisering genom att vissa linjer rör sig ur platån (konceptet, territoriet), dessa bildar flyktlinjer. Kännetecknande för en platå är att den har konnektabilitet (anslutningsmöjligheter)²⁸, dvs möjlighet att fånga upp flyktlinjer, exempelvis från andra platåer. Enligt denna teori behöver exempelvis inte rätten härma verkligheten genom en misslyckad endast delvis kognitiv öppenhet, istället bildar de rättsliga platåerna tillfälliga anslutningar med andra platåer och utvecklar på så sätt varandra.²⁹ Platåns avgränsning kan utökas till att innefatta flera platåer och bildar då en ny platå. Likadant kan en platå delas upp i flera mindre platåer.³⁰

Som exempel kan socialdemokratin sägas bilda en platå och vänsterpartiet en annan. Inom båda dessa platåer har feministiska tankar uppstått som respektive platå inte lyckats ta vara på; det har således skett en deterritorialisering i form av feministiska flyktlinjer som lämnat respektive platå. Dessa linjer har sedan bildat en ny platå som kan sägas vara Feministiskt initiativ (F!). F! i sin tur bildar ständigt egna, nya, flyktlinjer som deterritorialiserar platån och fångas upp, exempelvis av de två andra platåerna socialdemokratin och vänsterpartiet som börjat diskutera feministfrågan allt mer. Och så går det vidare i ett evigt rhizomatiskt mönster.

²⁷ För en djupare förståelse hänvisas till Deleuze och Guattari 1988 och Bruncevic 2014.

²⁸ Deleuze och Guattari 1988:7f. Se även Bruncevic 2014:93ff.

²⁹ Deleuze och Guattari 1988:10f. Se även Bruncevic 2014:97f.

³⁰ Deleuze och Guattari 1988:8f. Se även Bruncevic 2014:95ff.

Mellan plåtåerna finns inte någon hierarki, bara olika möjligheter att fånga upp flyktlinjer.³¹ Och plåtåerna ska därför avläsas likt en karta (uppifrån) snarare än ett spår eller som i en trädssystematik.³² Om rhizomet (plåtåer däri) delas, eller går sönder, har det förmåga att återskapas och bygga upp sig med hjälp av gamla eller nya flyktlinjer.³³ En plåtå utgörs av förtätnader i mönstret av flyktlinjer vilket innebär att de inte är statiska i sin position utan snarare är ständigt föränderliga. Det medför att det inte på förhand går att säga vad en plåtå utgörs av utan det måste alltid undersökas från fall till fall.

En analys av företeelser i form av plåtåer såsom beskrivits ovan medger samband som eventuellt inte står att finna med en mer traditionell genealogisk metod (jämför släktträdet). Jag kommer därför i det följande beskriva de olika normativa beståndsdelar i ett samhälle som jag identifierat och påvisa dessa som olika plåtåer för att söka se hur de förhåller sig till varandra, om och på vilket sätt de bildar ett rhizome; särskilt med beaktande av det paradigmskifte jag förespråkat. Viktigt att notera är att då plåtåer utgörs av flyktlinjers förtätningar är plåtåernas avgränsning min uppfattning av hur dessa förtätningar ser ut; de kan givetvis att beskrivas på flera sätt.

Plåtå 1: *Den rättsliga plåtån*

Denna plåtå kan sägas bestå av de tre plåtåerna *värdeplåtån*, *normplåtån* och *kontextplåtån*. Dessa utgör tillsammans en rättslig helhet som ibland påstås utgöra ”gällande rätt”. Den rättsliga plåtån kommunicerar med den samhällsliga plåtån som i sin tur består av de två plåtåerna *statiska utomrättsliga normer* och *dynamiska utomrättsliga normer*.

Plåtå 2: *Värdeplåtån*

Här skapas de värden som är demokratiskt relevanta. Det är som jag ovan beskrivit (med en Teubnersk terminologi) ett normativt öppet system som således hämtar sin kunskap ur samhället med syfte att utröna vad som är rättens demokratiska syfte. Denna plåtå fångar upp flyktlinjer från såväl de andra rättsliga plåtåerna som de utomrättsliga plåtåerna, den kan även hämta sin kunskap i andra demokratiska källor än de rättsliga, till exempel riksdagens jämställdhetsmål. Vidare finner den källor till kun-

³¹ Deleuze och Guattari 1988:9.

³² Deleuze och Guattari 1988:13f. Se även Bruncevic 2014:98ff.

³³ Deleuze och Guattari 1988:9. Se även Bruncevic 2014:97f.

skap i samhället i övrigt, men med målet att utröna det demokratiska syftet; platån är således polyvalent.³⁴

Platå 3: *Normplatån*

Normplatån är ett normativt slutet system som hämtar sin kunskap ur de klassiska rättskällorna: författning, förarbete, praxis och doktrin. Den utgör tillsammans med *värdeplatån*, vad jag väljer att kalla, den centrala rätten, eftersom dessa tillsammans skapar rättens *riktning*. Platån har en mängd deterritorialiserande flyktlinjer som påverkar såväl den samhällseliga platån som den rättsliga platån i övrigt. Vidare kan samhällseliga platåer koppla till denna platå genom att sakomständigheter lyfts in för att fylla ut rättsfakta som skapats inom det slutna systemet.

Platå 4: *Kontextplatån*

Kontextplatån kan sägas hämta sitt innehåll ur flyktlinjer från i huvudsak de två utomrättsliga platåerna som beskrivs nedan; platån påverkas även av de två andra rättsliga platåerna vilket gör att den kan sägas fånga upp flyktlinjer från en mängd platåer (alternativt kan den sägas vara en sammansmältning av en mängd platåer samtidigt som den är en egen platå. Det går dock inte att sätta likhetstecken mellan kontextplatån och de adderade platåerna den består av; den bildar något eget som varierar i tid och rum).

Platå 5: *Samhällsplatån*

Samhällsplatån kan, ur detta perspektiv, sägas bestå av de två utomrättsliga normernas platåer. Tillsammans bildar de det *informella normkomplex* som samhället består av. Samhällsplatån kan alltså delas upp i, åtminstone, två mindre platåer: *statiska utomrättsliga normer* och *dynamiska utomrättsliga normer*.

Sociologen George Homans har i sin forskning visat på att sociala normer tveklöst tvingar fram en grad av uniformt handlande.³⁵ För att få en klar bild av vad en individ ser som förpliktande behöver således den rättsliga platån kunna handskas med de två platåerna som består av utomrättsliga normer.

³⁴ Gustafsson 2002:161-169.

³⁵ Homans 1969:57.

Platå 6: *De statiska utomrättsliga normernas platå*

Denna platå utgörs i huvudsak av vad Foucault menade med disciplinerande makt. Foucault visade i sina studier att människan passerar genom olika disciplinerande miljöer, som var och en har sina egna informella lagar (normer) – exempelvis skolan, militären, fabriken, men även omklädningsrummet i fotbollslaget och vinprovarkvällen med vännerna. Dessa informella normer blir endast gällande inom sin disciplin, t ex fungerar det inte att bete sig som man gör i omklädningsrummet när man är på vinprovning med vännerna. Makten ser, ur denna aspekt, sina subjekt – som är skapade ur individen – som utbytbara.³⁶ Vidare har makten förmåga att karaktärisera individen samtidigt som den ordnar en given mångfald.³⁷ Dessutom syftar makten till att göra kroppen lydigare ju nyttigare den är, utifrån vad som är drivkraften (exempelvis en fabriks produktivitet); givetvis gäller det motsatta, att makten formas så att kroppen blir olydigare ju onyttigare den är.³⁸ Härigenom ökar makten kroppens krafter ur drivkraftsynpunkt, men minskar samtidigt desamma ur politisk synpunkt eftersom den tvingar individen att lyda (dvs skapar subjektet).³⁹ Foucault menade att sanktionerna tar sig uttryck i att hela tiden uppmuntra konformt beteende och misskreditera ickekonformt beteende. Härigenom blir kroppen fångslad i själen.⁴⁰ Individen strävar ständigt efter att uppfylla den, för tillfället, giltiga diskursens norm, vilket gör att dessa statiska utomrättsliga normer blir mycket verkansfulla inom de diskurser där de är tillämpliga.

Statiska utomrättsliga normer är således kopplade till vissa diskurser och föreställningar. De sanktioneras uppifrån och ned, men bärs även upp av människors konformitet gentemot dem.

Platå 7: *De dynamiska utomrättsliga normernas platå*

Deleuze har vidareutvecklat Foucaults tankar om disciplinerande makt.⁴¹ Han menade att makten inte bara befinner sig inom olika discipliner (avgränsade diskurser) utan att den även tar sig uttryck i ett, vad han kallar, kontrollsamhälle. Här är kont-

³⁶ Foucault 2003:147.

³⁷ Foucault 2003:151.

³⁸ Foucault 2003:139f.

³⁹ Foucault 2003:140.

⁴⁰ Foucault 2003:139f.

⁴¹ Se härom Deleuze 1992.

rollmekanismerna inte avgränsade till en viss diskurs utan anger ständigt individens position i förhållande till företaget, i förhållande till samhället, och i förhållande till övriga sociala sammanhang. I *kontrollsamhället* är det inte längre auktoriteter som kontrollerar subjektet, utan det är *alla subjekt* som samtidigt kontrollerar varandra; exempelvis genom uppmuntrande klappar på axeln, eller genom nedlåtande omdömen för något som varit mindre uppskattat. Till exempel kan sociala medier belysa hur vi genom att lyfta fram våra goda sidor – joggingturen, engagemanget i F! eller den superba måltiden man lagat åt familjen – kontrollerar omgivningens beteende genom att ställa upp förväntningar på den. Likaså fungerar marknadsföring konformt då denna verkar i symbios med människor som berömmar varandra för deras konsumtionsval. Eftersom individen aldrig kommer undan kontrollsamhället, dvs de dynamiska utomrättsliga normerna, blir de väldigt verkansfulla när det kommer till att genomdriva ett önskat beteende.

Dynamiska utomrättsliga normer karaktäriseras alltså av att de sprids i alla sociala sammanhang och att de bärs upp av de personer som befolkar de olika sociala sammanhangen.

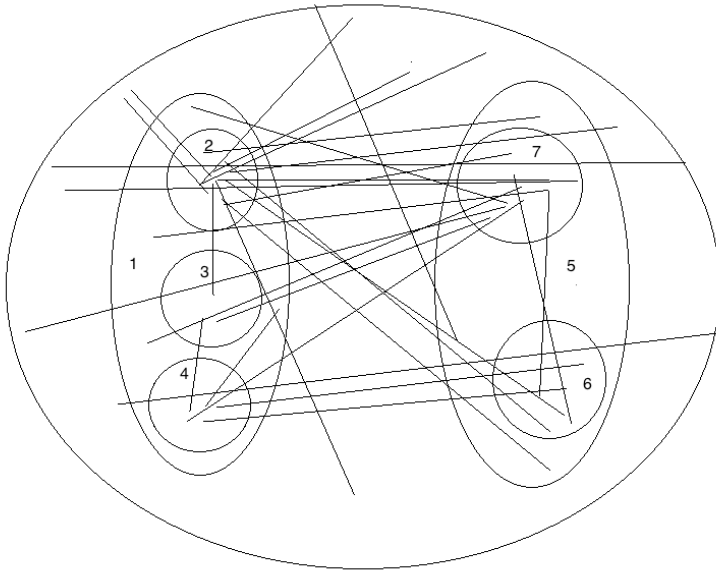


Fig. 1: 1.) rättslig plåtå 2.) värdeplåtå 3.) normplåtå 4.) kontextplåtå 5.) samhällsplåtå 6.) de statiska utomrättsliga normernas plåtå 7.) de dynamiska utomrättsliga normernas plåtå

Högsta Domstolens mål nr T 5628-12 – ett rhizome i arbete

Domstolen inleder med att placera konflikten i en historisk kontext, där den först konstaterar att domstolen i ett tidigare fall ”funnit” att rådighetsinskränkningarna inte skett på ett lagligt sätt;⁴² samt att den i två rättsfall efter det slagit fast att staten är skadeståndsskyldig för detta;⁴³ dock konstateras även att den, i ett tredje rättsfall från 2010,⁴⁴ slagit fast att det inte förelegat någon skada eftersom:

1.) ”en förutsättning för att utebliven vinst skulle kunna ersättas var att käranden hade visat att han[...] hade haft anledning att räkna med att något bemyndigande inte skulle ha lämnats, eller att den materiella regleringen inte skulle ha genomförts med väsentligen samma innehåll som rent faktiskt hade skett, eller att reglerna skulle ha införts med en beaktansvärd senareläggning. Eftersom fiskaren inte ansågs ha visat att så var fallet, ogillades hans talan.”⁴⁵

Man kan se hur domstolen fyller kontextplatån med sakomständigheter som sedan kan användas till bevisning för de normer som visar sig i samma platå. Efter detta går domstolen vidare och undersöker vad som kan tänkas utgöra ”gällande rätt” i frågan. Domstolen går således vidare till normplatån och undersöker dess innehåll. Där redogörs för innehållet i Regeringsformen 2 kap 18 §, dvs äganderättsskyddet och rätten till expropriationsersättning, och det konstateras att:

2.) ”[b]estämmelsen synes [...] inte vara avfattad för att direkt kunna tillämpas i domstol som en regel om rätt till ersättning i det enskilda fallet, utan den ger i huvudsak uttryck för den princip som riksdagen ska respektera vid lagstiftning.”⁴⁶

Lite längre ner i rättsfallet konstaterar domstolen att:

3.) ”Varken gränsälvsöverenskommelsen, 1997 års förordning eller fiskelagen säger något om ersättningen för de aktuella rådighetsinskränkningarna. Inte heller förarbetena till fiskelagen eller förhållandena i övrigt ger någon vägledning om detta.”⁴⁷

⁴² NJA 1996 s. 370.

⁴³ NJA 2000 s. 637 och NJA 2001 s. 210.

⁴⁴ NJA 2010 s. 8.

⁴⁵ Högsta Domstolens mål nr T 5628-12, 2014-04-23, p. 4.

⁴⁶ Op. cit., p. 16.

⁴⁷ Op. cit., p. 22.

Normplatån ger alltså ingen, direkt, ledning i frågan och det rör sig därför om en oklar rättsfråga. Domstolen går då vidare till värdeplatån för att undersöka vilken riktning som den centrala rätten ska ange; i ett tidigare rättsfall hade domstolen konstaterat att:

4.) ”om en lagbestämmelse inte når upp till den nivå som grundlagen kan anses kräva, det har ansetts att ingreppet medför en ersättningsskyldighet [...]”.⁴⁸

Vidare skriver domstolen att Regeringsformen får:

5.) ”anses ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall.”⁴⁹

Domstolen börjar alltså formulera en riktning med utgångspunkt i värdeplatån: att ersättning vid rådighetsinskränkning ges i vissa fall. Dock konstaterar den vidare att:

6.) ”[s]om regel medför [...] ingripanden från det allmänna som är motiverade av [...] miljöskyddsskäl [...] inte någon rätt till ersättning.”⁵⁰

Vilket domstolen senare i rättsfallet fyller ut med sakomständigheten att:

7.) ”[s]yftet med inskränkningarna i fisket [...] framför allt [var] att skydda den vilda laxen.”⁵¹

Det rör sig alltså om en miljöskyddsåtgärd vilken, – vars riktning återfinns i värde- och/eller normplatån – som huvudregel, inte ersätts. Dock ska, enligt domstolen, dessa plåtåer möta kontextplatån:

8.) ”Ett gemensamt drag för den lagstiftning som ändå ger rätt till ersättning [...] är tanken att ersättning ska utgå när ingreppet är nödvändigt för att uppnå det önskade resultatet men det vid en avvägning mellan, å ena sidan, arten av det allmänna intresse som ska skyddas och, å andra sidan, ingreppets effekter för den enskilde inte är rimligt att denne ensam ska bära kostnaderna. När [...] lagstiftning [...] inte [...] ge[r] någon ledning i ersättningsfrågan, ligger det

⁴⁸ Op. cit., p. 17.

⁴⁹ Op. cit., p. 18.

⁵⁰ Op. cit., p. 19.

⁵¹ Op. cit., p. 21.

nära till hands att motsvarande proportionalitetsbedömning i stället får göras i det enskilda fallet[...].”⁵²

Alltså, domstolen konstaterar att det finns en riktning i den centrala rätten (värdeplatån och normplatån) som uttrycker att ersättning bör utgå vid inskränkningar i rådighet, men som huvudregel inte vid miljöskyddsåtgärder (som är för handen). Det får göras en sammanvägning mellan kontextplatån och i huvudsak värdeplatån (då normplatån inte ger någon direkt ledning), för att utröna om ersättning ska utgå. Genom att domstolen uttrycker ordet ”rimligt” bereder den sig, enligt min mening, möjlighet att tillämpa ett kontextuellt synsätt. För att ytterligare belysa sambandet mellan kontextplatån och värdeplatån uttrycker domstolen att:

9.) ”[...] ersättning vid en rådighetsinskränkning [kan] utgå om hänsynen till den enskildes intressen kräver detta, även när inskränkningen är betingad av [...] intresset att skydda miljön[...]. Så kan vara fallet när inskränkningen beror på omständigheter som ligger utanför den enskildes kontroll och som drabbar den enskilde särskilt hårt. Inskränkningen måste dock på vanligt sätt ha medfört ett avsevärt försvårande av den pågående markanvändningen eller en betydande skada.”⁵³

Det får anses vara en dynamisk utomrättslig norm att ”omständigheter som ligger utanför den enskildes kontroll” men som kontrolleras av annan, ansvaras för av annan. Således kopplar den dynamiska utomrättsliga platån med både kontextplatån och värdeplatån.

Därefter sammanfattar domstolen med att konstatera att normplatån inte ger ledning, och att:

10.) ”[f]rågan därför [får] avgöras med tillämpning av den allmänna rättsgrundsatsen om rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall.”⁵⁴

Då normplatån inte ger någon direkt ledning blir det således värdeplatån tillsammans med kontextplatån som får vara avgörande för domstolens beslut.

11.) ”Generellt sett måste en enskild tåla inskränkningar i sin fiskerätt till följd av fiskevårdande föreskrifter.”⁵⁵

⁵² Op. cit., p. 19.

⁵³ Op. cit., p. 20.

⁵⁴ Op. cit., p. 22.

och:

12.) ”Som allmän princip gäller att staten inte kan freda sig mot ersättningsskyldighet genom att åberopa sin egen försummelse.”⁵⁶

I båda citaten ovan anger domstolen sannolikt, återigen, en dynamisk utomrättslig norm, vars plåtå därför kopplar till värdeplatån. Därefter går domstolen vidare och tillämpar två starka statiska utomrättsliga normer vars flyktlinjer alltså fångas upp av kontextplatån.

13.) ”I det aktuella området hade fiske bedrivits sedan lång tid tillbaka utan några omfattande begränsningar. Klagandena och deras familjer hade i praktiken blivit mer eller mindre beroende av fisket för sin försörjning och inrättat sina liv efter detta.”⁵⁷

och:

14.) ”[n]ågon möjlighet för dem att förutse ett fiskeförbud som detta fanns inte när fastigheterna en gång i tiden förvärvades.”⁵⁸

Fiskarna hade alltså en befogad förväntan, enligt min mening genom en statisk utomrättslig norm, att få fortsätta med den sysselsättning de bedrev; om staten skulle hindra fiskarna var det sannolikt att den skulle få bära ansvar för det.

Domstolen sammanfattar därefter vad den kommit fram till och de tre rättsliga plåtåerna (framförallt värdeplatån och kontextplatån) börjar fånga upp varandras flyktlinjer:

15.) ”Fiskerestriktionerna utgjorde en så väsentlig begränsning i den verksamhet som klagandena hade byggt upp[...].”⁵⁹

Domstolen konstaterar att kontextplatån talar till fiskarnas fördel och fortsätter genom att möta med värdeplatån och kontextplatån återigen, det:

⁵⁵ Op. cit., p. 23.

⁵⁶ Op. cit., p. 25.

⁵⁷ Op. cit., p. 23.

⁵⁸ Op. cit., p. 23.

⁵⁹ Op. cit., p. 24.

16.) ”måste anses råda ett klart missförhållande mellan det allmännas fördel av rådighetsinskränkningen och den belastning som denna medförde för klagandena. Vid en intresseavvägning framstår det därmed – också med beaktande av den principiella utgångspunkten att ersättning normalt inte utgår vid inskränkningar av miljöskyddsskäl – inte som rimligt att inskränkningen av klagandenas rådighet till sina områden ska kunna göras utan att någon ersättning utgår för den förlust som restriktionerna har orsakat dem.”⁶⁰

Och slutligen konstaterar domstolen vad de tre rättliga plåtarna kan sägas ge uttryck för, nämligen att:

17.) ”[h]änsynen till klagandenas intressen [sålunda] kräver att de får ersättning för rådighetsinskränkningen.”⁶¹

Däriigenom sluter sig domstolen till att fiskarna i Torne älv ska tillerkännas expropriationsersättning.

En rhizomatisk analys kan ge följande. I huvudsak konstateras normplåtån inte ge någon ledning i frågan, med undantag för konstaterandet att ersättning normalt inte ges vid åtgärder grundade i miljöskyddsskäl (citat 6). Citat nummer 2 och 3 syftar till att konstatera att rättskällorna i normplåtån inte räcker till för att skapa den rättsliga riktningen. Domstolen behöver därför skapa sin rättsliga riktning med utgångspunkt i värdeplåtån. Citat nummer 4, 5, 8, 9, 10 och 11 är till hjälp; med hjälp av dessa beslutar rätten, efter en ändamålsenlig inomrättslig analys (dvs den fångar upp demokratiska flyktlinjer ur normplåtån), att det finns en allmän rättsgrundsats som i vissa fall ger rätt till ersättning; därav har domstolen sin huvudriktning. Vidare konstaterar domstolen att enskilda, ändå, generellt sett måste tåla rådighetsinskränkningar vid miljöskyddsåtgärder (en kombination mellan norm- och värdeplåtån). Dock görs tillägget att en proportionalitetsbedömning mellan å ena sidan det allmännas intresse av inskränkningen och å andra sidan den enskildes skada av inskränkningen måste göras. Flyktlinjer går alltså ur värdeplåtån mot kontextplåtån. Vidare fångar värdeplåtån upp en dynamisk utomrättslig norm när den ger värde åt normen som anger att ”omständigheter som är utanför den enskildes kontroll” och som kontrolleras av annan, också ansvaras för av annan.

⁶⁰ Op. cit., p. 24.

⁶¹ Op. cit., p. 24.

Den rättsliga riktningen blir således att ersättning som huvudregel ges för rådhetsinskränkningar, men (som huvudregel) inte när det rör sig om miljöskyddsskäl; en proportionalitetsprövning ska göras för att utröna rättens position; för detta blir kontextplatån avgörande. Kontextplatån kan sägas utgöras av, i huvudsak, citat nummer 13 och 14. Genom att fånga upp flyktlinjer ur de statiska utomrättsliga normernas plåtå kan domstolen i denna plåtå sägas ta hänsyn till att fiskarna haft befogade förväntningar att slippa statens ingripande (citat 13); samt att de heller inte kunnat förutse statens agerande (citat 14). Vidare kan domstolen sägas ha tagit hänsyn till att fiskarna blivit beroende av fisket, samt att de inrättat sina liv efter det. Dessutom har domstolen, eventuellt, tagit i beaktande den historiska kontext i vilken fiskarna har ut kämpat en lång och ojämn kamp för sin ”rätt”.

Domstolen har alltså placerad i värdeplatån konstaterat en rättslig riktning som kan sägas luta åt ersättning. Placerad i normplatån konstaterar domstolen dock att det rör sig om en miljöskyddsåtgärd och att riktningen därför kan sägas bli åt att ersättning inte ges. Tillsammans bildar dessa plåtåer en egen plåtå i vilken den rättsliga riktningen kan sägas luta åt att ersättning vanligtvis inte ska ges vid åtgärder grundade i miljöskyddsskäl. Innan domstolen bestämmer sig i frågan ska den rättsliga positionen dock utrönas. Det görs genom en proportionalitetsbedömning som i huvudsak sker i kontextplatån. De tre rättsliga plåtåerna bildar därefter *en* rättslig plåtå och domstolen kommer fram till sitt utfall. Citat nummer 15, 16 och 17 är här relevanta och det konstateras att kontextplatåns resultat ger vid handen att det varit en väsentlig begränsning i fiskarnas verksamhet, och att det vid proportionalitetsbedömningen därför kan sägas väga till fiskarnas fördel. Ersättning ska ges. Ett rhizomatiskt mönster kan utrönas mellan fler olika plåtåer: mellan värdeplatån och de dynamiska utomrättsliga normernas plåtå, mellan kontextplatån och de statiska utomrättsliga normernas plåtå; mellan värdeplatån, normplatån och kontextplatån; därav kan även ett rhizomatiskt mönster synas mellan samhällsplatån och den rättsliga plåtån.

framåt slutet...

...av en artikel kan det vara på sin plats att sammanfatta de slutsatser man dragit samt bemöta sina egna svagheter. Vidare kanske något bör sägas om vad dessa slutsatser kan leda till. Jag kommer börja med det förstnämnda för att avsluta med en framtidsprognos, väl medveten om att det ligger i ”sakens natur” att man inte kan förutse sin samtids framtids(p)åverkan.

Jag har i min artikel försökt peka på omständigheter som innebär att rätten behöver förstå sin omvärld bättre. Med grunden i sanningsideal pekar jag på att rätten har att välja en, av flera, kontingenta sanningar när den skapar sina domslut. Vidare har jag pekat på att rätten när den gör detta ska försöka välja det utfall som ligger närmast parternas perception. För att rätten ska kunna förstå, och hantera, den kontext som parterna verkar inom, måste den, enligt min mening, öppna upp sin epistemologi. Rätten behöver betrakta sin rättsordning som ett medel (bland andra) att förstå sin omgivning, och för att lyckas med det behöver den kunna lyfta in statiska och dynamiska utomrättsliga normer inom sig; alltså: den behöver kunna anpassa sig. För att *det* ska vara möjligt kan den inte vara normativt sluten.

I det presenterade rättsfallet ser jag att rätten visar exempel på att klara av att hantera den här typen av problematik (om än förtäckt, om än inte fullständig).

Den mer traditionellt (modernt) inriktade rättsvetaren kanske ifrågasätter varför jag använder ett rhizome för att förstå *hur* rätten fungerar. Jag använder rhizomet mot bakgrund av att de teorier som grundar sig på enhetstanken ständigt måste förklara vissa rättsliga utfall såsom anomalier för att bevara enheten. En sådan syn leder till att bevarande av enheten alltid kommer att utgöra det prioriterade förklaringsmålet framför studiet av *hur* rätten fungerar. Att förklara rätten som ett rhizome bidrar till att förklara *hur* rätten kommer till sina rättsliga slutsatser utan att tillämpa undantag och anomalier, det kan beskriva rätten som ständigt påverkad och ständigt involverad i ett växelspel med andra delar av samhället och kan därmed förklara hur rätten ständigt lyckas navigera (bra eller mindre bra) i det samhälleliga pusslet.

Vän av ordning ropar förmodligen vid det här laget: *Likhet inför lagen! Förutsebarhet! Legitimitet! Vad hände med dessa ideal?* Som svar på det kan jag av utrymmesskäl inte lägga ut texten, det första utropet besvaras helt sonika med en hänvisning; vad gäller det andra ska något mer sägas och vad gäller det tredje utropet vill jag försöka vara utförlig.

En rätt som ser på människan som Nietzsche menar att vi ser på växtbladet⁶², innebär en *rättslig likhet* som upprätthåller en *samhällelig olikhet*.⁶³ Således krävs en kontext-

⁶² Angående ”växtbladen” se not 23.

⁶³ Eva-Maria Svensson menar i Svensson 1997:18 att ”[d]en konflikt som ligger i de fastlåsta positionerna döljs genom ideologin om likhet. Den rättsformella ideologin om likhet döljer att det är normer som definierar det som inte är likt just som avvikande”; För utförlig problematisering i frågan se Randén 2014.

tuell ingång (och utgång) till rätten för att människors samhälleliga likhet ska kunna respekteras (människors (enda) likhet består i att de *har* preferenser), därav finns ingen likhet inför lagen så länge det moderna rättsidealet är förhärskande.

Vad gäller förutsebarhet finns det till att börja med anledning att fråga sig: vems förutsebarhet, människans eller rättens?⁶⁴ Med hänsyn tagen till att ett riktigt beslut inte står att finna, utan att ett beslut skapas av den som har att döma, blir det mindre intressant att argumentera mot den moderna rättens förutsebarhetsbegrepp; det finns nämligen inte. Förutsebarheten i en modern rättsordning består i en parts möjlighet att lämna en korrekt prognos av *domarens och lagstiftarens situation*; i en postmodern kontextuell rättsordning består förutsebarheten även i en parts möjlighet att lämna en korrekt prognos av *parternas situation*, min artikel är ett försök att närma mig det. Förutsebarheten i den moderna rättsordningen ligger alltså i att kunna förutse vad en domare skulle "finna"; förutsebarheten i den rättsordning jag identifierar (som alltså delvis är up and running idag) ligger i att den part som har intresse av förutsebarhet medvetandegör (för sig själv) vilken kontext denne verkar i. Ett beslut kommer alltså idag inte att kunna förutses om vi inte för in kontexten i den rättsliga ekvationen.

Rhizome beskrivs ofta som en viss typ av rotsystem som kan växa i alla riktningar (varpå ingefärans rotsystem är exempel), och rhizomatiska mönster används i stor utsträckning för att analysera företeelser i naturen. Exempelvis kan blommans utveckling beskrivas som att den utvecklas gemensamt med de insekter som pollinerar den, och att de därigenom bildar ett gemensamt rhizome. *Drivkraften* för rhizomet blir i en sådan beskrivning evolutionär; innebärande att de rhizomatiska mönster (flyktlinjer och kopplingar osv) som är bäst anpassade överlever. Men vad är drivkraften för det rhizome som *samhället* och *rätten* gemensamt bildar? Svaret på det hade, med hänsyn till vad naturens drivkraft är, kunnat vara samhällsutveckling. *Samhällsutveckling* som ett steg i att öka människors möjligheter till självskapelse och självuppfyllelse; i en kapitalistisk ordning: samhällsutveckling som ett ökande av resurser i syfte att ge människor större möjligheter att förverkliga sina preferenser.

Så är det inte! Samhället är ett socialt konstruerat objekt. Om djuret i naturen misslyckas, och skadar sig, får det gott halta vidare; naturen har resurser för framgång, men naturen är också förödande för den som misslyckas. Det är därför som evolutionen kan vara den allsmäktiga drivkraften i naturen. I samhället (i vart fall vårt, än så

⁶⁴ Se Gustafsson 2002:312.

länge) låter man inte människor misslyckas för mycket, där tar man hand om varandra. I samhället uppmuntras olikhet och mångfald, därför ges förutsättningar att *chansa* och *misslyckas* och *ändå klara sig*. Eftersom samhället är konstruerat blir också samhällets drivkraft konstruerad. Ett rhizome kännetecknas av sina förmåga att hantera lokala sammanbrott genom att fortsätta växa från vilken del som helst. Det innebär att om rhizomet bryts itu kommer båda delarna fortsätta leva var för sig. Dagens samhälle kännetecknas av mångfald och pluralism; man kan likna pluralismen vid en stor sax som bit för bit klipper upp samhällsväven, vilket i detta sammanhang inte bör ses som något negativt (även en skräddare måste klippa upp sin väv för att sy ett plagg). Samhällsrhizomet består således av otaliga (uppklippta) delar/platåer som var och en växer på egen hand. Varje egen platå har sin egen drivkraft som är skapad i den kontext inom vilken platån verkar. Men, i och med att samhället är en social konstruktion är det möjligt att förändra en (samhällelig) platås drivkraft. Jag vill påstå, utan några som helst belägg därför, att de fall då rätten uppfattas som trög, är de fall då rätten påverkat platåns drivkraft och den människa som värderar trögheten tycker att rätten borde varit dynamisk med den ursprungliga drivkraften. Det finns alltså en drivkraft inneboende i varje enskild platå, gentemot vilken rätten antingen har möjlighet att vara dynamisk eller progressiv. Med hänsyn till den diskussion om sanningsideal som förts ovan bör rätten inte, i vart fall inte konsekvent, vara progressiv mot samhällets drivkrafter. Den bör undersöka dem, värdera dem och sedan förhålla sig till dem.

Den moderna rättens (dagens) *legitimitet* anses ofta vara uppbyggt av två delar, för det första att den upprätthåller krav på *rättssäkerhet* och, för det andra, att demokratin ger *inflytande* över maktutövningen. Demokratifrågan har jag tidigare i artikeln redogjort för, och är i huvudsak enig med den gamla skolan om dess nödvändighet. Kravet på rättssäkerhet, och då i synnerhet dess formella dito, säkerställs genom rättens förutsebarhet och genom allas likhet inför lagen.⁶⁵ Med undantag från demokrati som uppbärande av rättens legitimitet synes alltså rättens legitimitet vara beroende av de två ideal som jag tidigare förkastat; därav kan jag förstå att läsaren nu opponerar sig.

Jag vill dock mena att rättens legitimitet är kontingent. Att den i det specifika fallet bärs upp av något annat än vad den bärs upp av i det generella fallet. I det *specifika fal-*

⁶⁵ Jfr Peczenik 1995:47-100.

let bärs rättens legitimitet upp av att de inblandade parterna får ett välgrundat beslut, ett beslut som tar hänsyn till alla de beståndsdelar som konflikten utgörs av (eller i vart fall så många som möjligt). Alltså att domstolen är kontextuell i sin syn på tvisten. I det *generella fallet* vill jag, i enlighet med Foucault, mena att rättens legitimitet bärs upp av rädslan för vad som vore alternativet (enligt honom: kriget);⁶⁶ att legitimiteten bärs upp av att individen känner att det rättsliga maktsystemet hanterar de konflikter som uppstår i ett samhälle, det vill säga att det statliga maktsystemet har ensamrätt på det slutliga beslutsfattandet. Alternativet, vari rädslan bor, vore ju nämligen ett kaos, ett allas krig mot alla, en anarki! Rätten klarar alltså av att hantera det generella fallets legitimitet redan genom att ha monopol på beslutsfattandet; vilket den hade igår, vilket den kommer ha imorgon.

Så eftersom rättens legitimitet inte längre (i lika stor utsträckning) behöver anses vara knuten till gamla ideal som *företsebarhet* och *likhet inför lagen* kan rättsordningen slå sig fri från (det hegemoniska) kravet på ”en(het)lig(het)”⁶⁷. Det skulle innebära att vi *medvetet* tar klivet in i det paradigmskifte som jag visat på att rätten redan har tagit. Och, vad kan det här då innebära för framtiden? Min övertygelse är att en rättsordning som har slagit sig fri från enhetsidealet, som är kontextuell i sin rättstillämpning, och som dessutom är legitim, i större utsträckning kommer kunna hantera de drivkrafter som, gömt i de samhälleliga plåtarna, ligger till grund för rhizomet!

Men, vad vet jag? När allt kommer kring är väl detta bara ännu ett tankeexperiment...

...men en sak är jag säker på, rätten är en kameleont!

⁶⁶ Se Foucault 2008:53-70.

⁶⁷ Gustafsson 2002:163.

Referenser

A. Böcker

- Bruncevic, M. (2014). *Fixing the shadows – access to art and the legal concept of cultural commons*. Göteborg: Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.
- Deleuze, G och Guattari, F. (1988). *A Thousand Plateaus: Capitalism and Schizophrenia*. London: Athlone.
- Foucault, M. (2003). *Övervakning och straff*. Lund: Arkiv förlag.
- Foucault, M. (2008). *Samhället måste försvaras*. Bockweell, Finland: Tankekraft förlag
- Gustafsson, H. (2002). *Rättens polyvalens – En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättsäkerhet*. Lund: Sociologiska institutionen, Lunds universitet.
- Gustafsson, H. (2011). *Dissens: om det rättsliga vetandet*. Göteborg: Juridiska institutionen, Göteborgs universitet.
- Hayek, F A. (1983). *Frihetens Grundvalar*. Stockholm: Ratio.
- Homans, G C. (1969). *Upptäckt och förklaring i samhällsvetenskaperna*. Uppsala: Argos Förlag.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press
- Liotard, J-F. (1984). *The postmodern condition: A report on knowledge*. Manchester: Manchester University Press.
- Liotard, J-F. (1988). *The Differend: phrases in a dispute*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Nietzsche, F. (2005a). *Om sanningens patos*, i Nietzsche, F. *Samlade skrifter*, band 2. Stockholm: Brutus Östlings bokförlag symposium.
- Nietzsche, F. (2005b). *Om sanning och lögn i utommoralisk mening*, i Nietzsche, F. *Samlade skrifter*, band 2. Stockholm: Brutus Östlings bokförlag symposium.
- Peczenik, A. (1995). *Vad är rätt? – Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Göteborg: Fritzes Förlag AB.
- Petrusson, U. (1999). *Patent och industriell omvandling – En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem*. Stockholm: Norstedts Juridik AB
- Rorty, R. (2008). *Kontingens, ironi och solidaritet*, s. 21. Lund: Studentlitteratur.
- Svanaeus, F. (2009). *En inledning till ämnet och boken*. Läst i *Vad är praktisk kunskap?* Huddinge: Södertörns högskola.
- Svensson, E-M. (1997). *Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten*. Uppsala: Iustus Förlag
- Teubner, G. (1993). *Law as an Autopoietic system*. Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers

B. Artiklar

Cotterrell, R. (1998). *Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically?*

Deleuze, G. (1992). *Postscript on the Societies of Control. Vol 59.*

Sousa Santos, B. (1987). *Rätten – en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp*

C. Opublicerade artiklar

Randén, E. (2014). *Makten rör sig runt omkring(resande).*

D. Rättsfall

NJA 1996 s. 370

NJA 2000 s. 637

NJA 2001 s. 210

NJA 2010 s. 8

Högsta Domstolens mål nr T 5628-12, 2014-04-23